

ISBN: 978-3-86646-431-5



9 783866 464315

Rechtskultur Wissenschaft

José Antonio Pérez Juan (Hg.): Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jahrhundert

Rechtskultur Wissenschaft

José Antonio
Pérez Juan (Hg.)

Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jahrhundert



Rechtskultur Wissenschaft

Herausgegeben von
Martin Löhnig (Regensburg) und Ignacio Czeguhn (Berlin)

José Antonio Pérez Juan
(Hg.)

**Gerichtsverfassung und Verfahren
im 19. Jahrhundert**

Rechtskultur Wissenschaft

Bibliografische Informationen der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte Daten
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.
ISBN: 978-3-86646-431-5

©2016 Edition Rechtskultur
in der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regensburg
www.gietl-verlag.de / www.edition-rechtskultur.de
Satz und Gestaltung: Simon Naczinsky und Thomas Hornberger, Regensburg
ISBN: 978-3-86646-431-5

VORWORT

Im Herbst des Jahres 2008 während eines wissenschaftlichen Treffens an der Universität Würzburg wurde die Forschergruppe Europäische Justizgeschichte im 19. Jahrhundert gegründet. Sie hat das Ziel, die Justizgeschichte in Europa im Verlauf des 19. Jahrhunderts im Hinblick auf Gerichtsverfassungsrecht und Prozessrecht zu untersuchen. Diese internationale Gruppe hat bisher zum Inhalt gehabt, zahlreiche Studien über die liberale Justiz, die Gewaltenteilung, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung, die Unabhängigkeit der Richter, die Unversetzbarkeit der Richter und die Verantwortlichkeit der Richter, die in den unterschiedlichen Ländern im 19. Jahrhundert verschiedenen rechtlichen Regelungen unterworfen wurden, anzufertigen. Es war eine fruchtbare Arbeit, die die Gruppe bisher bewerkstelligen konnte und sie hat bemerkenswerte Ergebnisse hervorgebracht sowohl im Hinblick auf eine rechtsvergleichende Betrachtung der Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts und des Prozessrechts, als auch im Hinblick auf die unterschiedlichen Entwicklungen in den Ländern.

In regelmäßigen Abständen wurden Arbeitstreffen und Kongresse realisiert, die verschiedene Tagungsbände und Publikationen zur Folge hatten. So fand im Jahr 2009 ein Arbeitstreffen in Regensburg statt, in dem die beteiligten Forscher neue Ideen und Forschungsansätze präsentieren durften und infolgedessen ein Band mit dem Titel „Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts – zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert“ veröffentlicht wurde. 2013 folgte ein Tagungsband zur „Justizreform im bürgerlichen Zeitalter, Rechtsentwicklungen in Spanien und Deutschland“.

Es folgten Treffen in Berlin und Passau, die das Richteramt in der Justizgeschichte im 19. Jahrhundert betrachteten sowie die Rezeption des Französischen Rechts in der europäischen Justizgeschichte des 19. Jahrhunderts.

Die Ergebnisse dieser beiden Treffen finden die Leser in diesem Tagungsband zusammengefasst. Im Verlauf der Diskussionen dieser Treffen wurden die Ursprünge der Justiz in Europa diskutiert, dabei rechtsvergleichende Thematiken aufgegriffen und die liberalen Maximen zu Beginn des 19. Jahrhunderts herausgestrichen. Die vorliegende Monographie hat vier große Teilbereiche. Zunächst die richterlichen Unabhängigkeit, bei der der Beitrag von Sanchez Aranda und Quesada Morillas einen interessanten Blick auf die wesentlichen Veränderungen infolge der Verfassung von Cadix darstellen. Dabei verweisen diese Autoren auf die doppelte Funktion, die die Rechtsprechung im europäischen Kontext in diesen Jahren des 19. Jahrhunderts hatte: als integrierendes Organ im Rahmen der Exekutivgewalt

und als autonome Gewalt im Hinblick auf den Staat. Es handelt sich dabei um zwei unterschiedliche Konzeptionen, die man in der juristischen Geschichte des 19. Jahrhunderts, aber nicht nur dort, vorfinden kann. Die Arbeiten von Morales Payan knüpft daran an, und behandelt die Justiz in Spanien in den nachfolgenden Jahren der Verfassung von Cadiz. Morales Payan hat einen weiteren Beitrag in diesem Tagungsband, in dem er insbesondere auf die Verhältnisse der Richter und der Tribunale zu den Rest der Gewalten im spanischen Staat des 19. Jahrhunderts eingeht.

Der zweite Teil konzentriert sich auf die Untersuchung der „Volksgerichtsbarkeit“. Hier spielt insbesondere die Rolle von Geschworenengerichten und Schöffengerichten eine Rolle. Diese „Volksgerichte“ zeigen den Ausdruck der nationalen Souveränität, die man damals der Nation zuwies und insbesondere im Hinblick auf Rechtsprechung zuerkennen wollte. Die einzelnen Studien, die dieses Buch beinhaltet, geben die Möglichkeit, eine geschichtliche Entwicklung im Verlauf des 19. Jahrhunderts in verschiedenen europäischen Staaten festzustellen. So finden sich die Arbeiten von Löhnig über die Zustände in Bayern, der Beitrag von Gschwend im Hinblick auf die Schweiz und die Beiträge von Gomez Rivero und Perez Juan im Hinblick auf Spanien. Alle vier Beiträge ermöglichen eine rechtsvergleichende Betrachtung der Entwicklung von Geschworenengerichten und Schöffengerichten in den unterschiedlichen Staaten Europas im Verlauf des 19. Jahrhunderts.

Der dritte Abschnitt widmet sich sodann der Gerichtsverfassung und den Rechtsmitteln. Man kann nicht über Appellation und Supplikation sprechen ohne dass man die entsprechende Justizstruktur untersucht, die diesen Rechtsmitteln als Hintergrund dient. Wiederum behandelt Gschwend zusammen mit Huwiler den Zustand in der Schweiz zwischen 1748 und 1848. Im gleichen Zeitraum untersucht Perez Juan die Typologie der Gerichte und Tribunale auf der iberischen Halbinsel und stellt überraschend Gemeinsamkeiten zur Entwicklung in der Schweiz fest. Sanchez Aranda und Martin Löhnig untersuchen sodann Rechtsmittel im prozessrechtlichen Sinne, wobei sie die Mechanismen der Appellation besonders ins Auge fassen.

Der letzte und vierte Abschnitt umfasst den Beitrag von Hurtado de Molina, der den Einfluss des europäischen Liberalismus in den amerikanischen Staaten aufzeigt, indem er die Verfassung Kolumbiens des Jahres 1811 untersucht und die Gemeinsamkeiten und Ursprünge mit der Verfassung von Cadiz aufzeigt.

Die Beiträge dieses Tagungsbandes zeigen, dass die Forschergruppe im Verlauf der letzten Jahre die rechtsvergleichende Sicht in der Rechtsgeschichte niemals

aus den Augen verloren hat. Die zunächst allgemein und sehr grundlegend gehaltenen Vorträge der ersten Treffen mündeten in sehr spezifische Fragestellungen, die einen Vergleich der Entwicklung von Gerichtsverfassung und Prozessrecht in den europäischen Staaten des 19. Jahrhunderts ermöglichten. So hat man überraschend Gemeinsamkeiten in den unterschiedlichen Rechtssystemen gefunden, aber eben auch Unterschiede, die die einzelnen Staaten kennzeichnen und eine juristisch-prozessrechtliche Entwicklung für jeden einzelnen Staat ausmachen lassen. Die richterliche Unabhängigkeit, Geschworenengerichte und Gerichtsverfassung zeigen uns aber in Deutschland, Spanien und der Schweiz, dass gemeinsame Vorstellungen über die Organisation einer Justiz im Europa des 19. Jahrhunderts bereits bestanden.

PROLOGO

En el otoño del año 2008, durante un encuentro científico en la universidad de Würzburg, se creó el grupo de investigación Europäische Justizgeschichte im 19. Jahrhundert con la finalidad de abordar la configuración de la Justicia en Europa a lo largo del siglo XIX. Este equipo internacional se marcó entre sus objetivos el estudio de los principios capitales de la justicia liberal –separación de poderes, unidad jurisdiccional, independencia, inamovilidad y responsabilidad de los jueces–, la organización judicial (jueces y tribunales), y el proceso judicial en los países del continente europeo. Fue un reunión provechosa en la que muy pronto se puso de relieve la carencia de bibliografía especializada en este ámbito y los notables puntos de conexión existentes entre la evolución histórica de la Justicia en España, Alemania o Suiza, entre otras naciones de nuestro entorno.

Han transcurrido cinco años desde aquella primera ocasión y los resultados del personal investigador son más que evidentes. De forma periódica se han realizado seminarios y congresos internacionales cuyos resultados han sido recogidos en numerosas publicaciones conjuntas. Sin ánimo de ser exhaustivo nos gustaría recordar el celebrado en Regensburg los días 9 y 10 de julio de 2009 con la denominación Seminar im Rahmen des Forschungsprojektes Europäische Justizgeschichte im 19. Jahrhundert donde los investigadores tuvieron la oportunidad de compartir sus experiencias y presentar un primer bloque de conclusiones que fueron publicadas en Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts: zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert = Del servicio al Rey al servicio de la Justicia : el cargo de juez en el siglo decimonónico / Antonio Sánchez Aranda (ed. lit.), Ignacio Czeguhn(ed. lit.), 2011 y en Justizreform im Bürgerlichen Zeitalter Rechtsentwicklungen in Spanien und Deutschland: Reforma judicial en la era burguesa desarrollo del derecho en España y Alemania / Antonio Sánchez Aranda (ed. lit.), Martin Löhnig (ed. lit.), 2013.

La actividad del equipo de investigación durante estos años ha sido frenética. Los encuentros y debates científicos no han cesado en este tiempo realizándose, al menos, dos reuniones más, una en Berlín, el 22 y 23 de septiembre de 2011, denominada Das Richteramt in der Justizgeschichte des 19. Jahrhunderts y otra, más reciente, en Passau, los días 2 y 5 de septiembre de 2013, bajo el título Rezeption des Französischen Rechts in der Europäischen Justizgeschichte des 19 Jahrhunderts.

Fruto de los debates y de las sesiones desarrolladas en aquellos días es el libro que el lector tiene entre sus manos. En estos dos encuentros se discutió sobre los orígenes de la Justicia en Europa, analizando de forma comparada el principio de independencia judicial y el funcionamiento de la planta judicial en los países donde triunfaron las máximas liberales a comienzos del s.XIX. La presente

monografía se ha estructurado en cuatro grandes apartados. El primero, denominado Independencia de jueces (*Richterliche Unabhängigkeit*) da inicio con un interesante artículo conjunto de los profesores Sánchez Aranda y Quesada Morillas en el que presentan los cambios más significativos que la Constitución de Cádiz realiza en la configuración de la Justicia en España. En su trabajo aluden a la doble formulación que asumió la Judicatura en el ámbito europeo en estos años: como conjunto de órganos integrados en el Poder Ejecutivo, y como poder autónomo del Estado. Se trata de dos concepciones distintas y contrapuestas, que pueden identificarse en la experiencia jurídica europea del Ochocientos. En esta misma línea incide el doctor Miguel Angel Morales Payán con su trabajo sobre la Justicia en la España decimonónica. Señalar que el propio Morales aporta en este mismo bloque un segundo estudio en el que compara el modo en que los ordenamientos jurídicos español y luso articularon en sus disposiciones la relaciones de jueces y tribunales con el resto de poderes del Estado.

El segundo apartado de esta monografía se centra en el análisis de la Justicia popular. Sin duda no se puede entender la implantación del Liberalismo sin el reconocimiento del Jurado. La Justicia popular representa la máxima expresión de la soberanía nacional al atribuir a la nación la potestad de enjuiciar, de juzgar. Los estudios que se presentan en este libro nos permiten detectar una historia común en la evolución histórica de esta institución en los países de la Europa continental. Así resulta del riguroso trabajo presentado por Martin Löhnig para Baviera y de la investigación realizada por Lukas Gschwend para Suiza. El caso de España es tratado por los profesores Gómez Rivero y Pérez Juan. El primero examina el devenir histórico del Jurado en España desde su primera experiencia liberal en 1822 hasta la promulgación de la ley de Alonso Martínez en 1888. Sin duda este artículo nos permite comparar la evolución del Jurado en la Península Ibérica con lo acaecido en otros países europeos. Por su parte, Pérez Juan desmenuza la normativa vigente durante la regencia de Maria Cristina y expone las virtudes y deficiencias técnicas derivadas de la puesta en funcionamiento de dicha institución.

El tercer bloque se ha destinado a la organización judicial y los recursos judiciales. No es posible hablar de apelación y suplicación sin una estructura judicial jerarquizada. El estudio de la planta judicial en Suiza es desarrollado de manera conjunta por los profesores Lukas Gschwend/Nathanael Huwiler desde 1748 hasta 1848. En este mismo marco temporal, Pérez Juan expone la tipología de los juzgados y tribunales en la Península Ibérica identificándose, al igual que en el caso suizo, una organización piramidal con distintas instancias judiciales subordinadas entre sí. El sistema de recursos es el objeto de atención de Sánchez Aranda y Martin Löhning. Ambos profesores, y cada uno para sus respectivos países, analizan los mecanismos de apelación. Esta metodología resulta muy clarificadora al permitirnos comparar el funcionamiento y aplicación

de una institución jurídica en dos países en un mismo período cronológico. Sin duda esta dinámica de trabajo es la que ha predominado en los encuentros de Berlín y Passau que aquí se presentan y que ayudan a clarificar las semejanzas y diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

El libro concluye con un apartado genérico en el que Julián Hurtado de Molina nos muestra la influencia del liberalismo europeo en tierras americanas al extraer el contenido y la configuración que de la Justicia hace un texto fundamental localizado en Colombia en el año 1811 previo, incluso, a la promulgación de la constitución española de Cádiz.

Sin duda la calidad y los resultados obtenidos en este libro dan buena muestra del excelente estado de salud que disfruta el grupo de investigación y el acierto con el que se están dirigiendo sus acciones. Los estudios generales, que primaron en los primeros encuentros, han dado paso a citas más especializadas y monotemáticas que nos permiten detectar con precisión las divergencias y, sobre todo, las identidades que existen en el proceso de construcción de la Justicia en Europa. Dichas similitudes se detectan no solo en el marco temporal, llama la atención que los cambios a nivel institucional se reproduzcan en las mismas épocas con independencia del país en el que nos encontramos, sino también en las soluciones jurídicas articuladas en cada Estado. La independencia judicial, el Juicio por Jurados y la organización de la Justicia sigue unos patrones idénticos en Alemania, España y Suiza que nos hacen ver la existencia de un pasado común y, como no, hallar los elementos transnacionales que pueden favorecer la integración jurídica europea.

INHALT

I. RICHTERLICHE UNABHÄNGIGKEIT (INDEPENDENCIA DE JUECES)

ANTONIO SÁNCHEZ ARANDA/YOLANDA QUESADA MORILLAS CÁDIZ 1812: DER ÜBERGANG VON DER JUSTIZVERWALTUNG ZUR RICHTERLICHEN GEWALT	15
--	----

MIGUEL MORALES PAYÁN JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE MIDDLE OF THE 19TH CENTURY: FROM THEORY TO PRACTICE	31
---	----

MIGUEL ÁNGEL MORALES PAYÁN/ISABEL MARIA DOS SANTOS GRAES ESPAÑA Y PORTUGAL DURANTE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX:¿CAMINOS PARALELOS EN BUSCA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL?	75
---	----

IGNACIO CZEGUHN DER ZUGANG ZUM RICHTERAMT IM PREUSSEN DES 19. JAHRHUNDERTS	107
---	-----

II. JURY (JURADOS)

PROF. DR. RICARDO GÓMEZ RIVERO HISTORY OF THE TRIAL BY JURY IN SPAIN	117
---	-----

JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN THE JURY IN SPAIN 1833-1843	125
--	-----

LUKAS GSCHWEND DIE EINFÜHRUNG DER GESCHWORENENGERICHTSBARKEIT IN DER SCHWEIZ BIS 1850	137
---	-----

MARTIN LÖHNIG ZUR EINFÜHRUNG DER SCHWURGERICHTE IN BAYERN 1848/49	153
--	-----

III. ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y RECURSOS

ANTONIO SÁNCHEZ ARANDA

PROZESSLICHE RECHTSMITTEL IN DER GESETZGEBUNG DER ERSTEN SPANISCHEN
VERFASSUNGSPERIODE (1812-1855) 163

LUKAS GSCHWEND/NATHANAEL HUWILER

JUSTIZORGANISATION, GERICHTSBARKEITEN UND INSTANZEN IN DER SCHWEIZ
1798-1848 179

MARTIN LÖHNIG

REZEPTION FRANZÖSISCHEN RECHTS IN BAYERN: GERICHTSVERFASSUNG,
INSTANZENZUG, RECHTSMITTEL 225

JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN

CLASSES OF COURTS IN SPAIN
(1810-1844) 233

IV. VARIA

JULIÁN HURTADO DE MOLINA DELGADO

LA INFLUENCIA DEL LIBERALISMO EUROPEO EN IBEROAMERICA: LA PRECURSORA
CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE CUNDINAMARCA (1811) 251

YOLANDA QUESADA MORILLAS

DEBATES 316

Cádiz 1812: Der Übergang von der Justizverwaltung zur richterlichen Gewalt

Antonio Sánchez Aranda
Yolanda Quesada Morillas

I. Einführung	11
II. Besonderheiten des Konstitutionalismus von Cádiz	14
III. Das Mißtrauen der Legislative gegenüber der Judikative, das herausragende Kennzeichen des Justizgedankens im Parlament von Cádiz	19
IV. Schlußfolgerungen	24

I. EINFÜHRUNG

2012 wurde der 200. Jahrestag der ersten Verfassung der spanischen Nation begangen: Die Verfassung von Cádiz, vom 19. März 1812. Ein Text, der in einer durch außergewöhnliche Umstände gekennzeichneten Zeit angenommen wurde, die in Spanien besonders ernste Formen annahm. Seit Ende des 18. Jahrhunderts, unter der Herrschaft Karls IV und während einer außerordentlich schweren Wirtschafts- und politischen Krise – die durch das Zutun des Ministers Godoy noch verschärft wurde – wurde das angekündigte Reformprogramm aufgeschoben. Dieser Aspekt, in Verbindung mit der französischen Invasion Spaniens, die im Februar 1808 begann, ermöglichte es einer kleinen Gruppe von Anhängern der Aufklärung, die Änderung des politischen Systems unter dem sogenannten nationalen Souveränitätsprinzip in Angriff zu nehmen.

Nachdem am 25. September 1808 in Aranjuez die Junta Suprema Central y Gubernativa de España e Indias (Oberster Regierungsrat für Spanien und die Überseegebiete) eingerichtet worden war, der eine lange Reihe von örtlichen und obersten Juntas vorausgegangen war, die seit Mai jenen Jahres in ganz Spanien gebildet worden waren, erhält die Neuordnung der Regierung einen Anstoß und die politische Antwort wird vereint. Dies war die institutionelle Folge des Sieges bei Bailén und die Nichtigkeitserklärung des Thronverzehs von Bayonne am 11. August 1808 durch den Rat von Kastilien, die sich in dieser aus vierunddreißig Abgeordneten aus den verschiedenen Juntas bestehenden Institution unter dem Vorsitz des Grafen Floridablanca, widerspiegelt. Dieser Oberste Rat übernahm die Regierungs- und Gesetzgebungsaufgaben und seine Existenz endete am 29. Januar 1810, als er vom sogenannten Consejo de Regencia de España e Indias (Re-

gentschaftsrat für Spanien und die Überseegebiete) abgelöst wurde, der wohl bekannter ist unter dem Namen “Die Oberste Regentschaft”.

Der Regentschaftsrat bestand aus sechs Ratsmitgliedern – eines von ihnen als Vertreter der amerikanischen Territorien – und sein Hauptziel war die Einberufung des verfassungsgebenden Parlaments. Durch den Befehl vom 19. September 1810 beschloss er, daß die allgemeine Parlamentsversammlung am 24. des gleichen Monats auf der Insel León beginnen sollte. Am Tag darauf erließ er ein Dekret, in dem genau angegeben wurde, daß diese sich ungeteilt versammeln sollten:

“Der König, unser Herr Ferdinand VII, und in seinem königlichen Namen, der Regentschaftsrat von Spanien und den Überseegebieten, der immer aufmerksam um die Richtigkeit seiner Beratungen über das ernste und höchlichst interessante Thema des Parlaments bemüht ist, konnte einen der wesentlichsten Punkten, die einer wohlüberlegten Entscheidung bedürfen, nicht mit Gleichgültigkeit betrachten, den Punkt nämlich der Einberufung des aus dem Klerus und dem Adel bestehenden Teil des Parlaments.

Tatsächlich, da er bei diesem Punkt in voller Instruktion und mit dem notwendigen Wissen vorzugehen wünschte, hörte er sich das Gutachten des Rates für Spanien und die Überseegebiete an, die Begründungen der von der Mehrheit abweichenden Stimmabgaben einiger seiner Minister und die wiederholten Antworten seiner Staatsanwälte. Damit noch nicht zufrieden, obwohl anscheinend bei allen anderen Themen ausreichend, hörte er sich ebenfalls seinen Staatsrat in zwei Dauersitzungen an, und, obwohl der Punkt schon so verdeutlicht worden war, daß der Weg zu einer richtigen Lösung hindernisfrei darzuliegen schien, richtete sich die Königliche Aufmerksamkeit während mehrerer Tage darauf, diesen Punkt zu untersuchen, sich aus dem Gehörten ein ausgeglichenes Urteil zu bilden, verschiedene Darstellungen und Eingaben der aus einigen Provinzen ausgewanderten Personen zu untersuchen. Nachdem er sich über alles, nach dem er dürstete, Kenntnis angeeignet hatte, entschied er, daß, trotz dem, was der Zentralrat über die Einberufung des Adels und des Klerus zur Teilnahme an der nächsten Parlamentsversammlung erlassen hatte, die Beratungen notwendigerweise beträchtliche Verzögerungen verursachen würden, und sich andererseits unter den in den Provinzen ernannten Parlamentsabgeordneten Mitglieder des einen und des anderen Standes befinden, deshalb ohne die Notwendigkeit einer besonderen Einberufung der Stände, das Parlament eingerichtet werde, unter Wahrung der Rechte und Vorrechte des Adels und des Klerus, deren Erscheinen denselben vorbehalten wird”¹.

Am 24. September 1810 begann die allgemeine und ausserordentliche Parlamentsversammlung, die auf der Insel León bis zum 20. Februar 1811 tagte. An diesem Datum wurde sie nach Cádiz verlegt, wo die Sitzungen am 24. des Monats wieder aufgenommen werden. Die allgemeine Parlamentsversammlung schloss ihre ausserordentlichen Sitzungen am 14. September 1813, fast eineinhalb Jahre nach der Annahme der Verfas-

¹ Dieser Erlass wurde von folgenden Ratsmitgliedern unterschrieben: “Pedro, Bischof von Orense, Vorsitzender.- Francisco de Saavedra.- Xavier de Castaños.- Antonio de Escaño.- Miguel de Lardizábal y Uribe”. Vid. Archivo del Congreso, exp. leg. 4, Nr. 7, ebenfalls in Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/c1812/> [Zugang am 11. August 2012].

sung. Einen Tag später wurde die ordentliche Parlamentsversammlung abgehalten, die ihre Arbeit bis zur Rückkehr Ferdinands VII am 4. Mai 1814 ausübte. Hiermit endeten fast vier Jahre der Schaffung einer Verfassung, die uns eines der Werke “mit dem größten Widerhall, das Spanien der Weltrechtskultur hinterlassen hat” gab, zusammen mit den kastilischen *Partidas*.²

Aber mit dieser Zweihundertjahrfeier ist auch diejenige, die von der Anwendung des Verfassungstextes abgeleitet wird, verbunden. Es darf nicht vergessen werden, daß eine der Institutionen, die das neugeschaffene Justizmodell, das auf der Gewaltenteilung basiert, am besten repräsentiert, auch zweihundert Jahre alt wird: der Oberste Gerichtshof Spaniens. In Art. 259 der Verfassung als oberstes Gericht in Spanien festgelegt, begann es sein Wirken im Juni 1812, wobei es als Spitze der neuen Judikative ausgewiesen wurde, was uns wiederum zu den Grundlagen einer “unabhängigen, verantwortungsbewußten, unverrückbaren, dem Gesetz verbundenen” Justiz bringt, die “als vom Staat geschaffene Macht verstanden werden soll und nicht als ein simpler Verwaltungszweig”³. Wenn auch der Titel V Von den Gerichten und der Justizverwaltung, bei zivilen und Strafsachen irreführen kann, so trifft es doch zu, was Tomás y Valiente sagt, daß “dies in Cádiz nicht als eine reine Verwaltungsfunktion konzipiert wird, sondern als eine wahrhaftige Gewalt, die bei den Gerichten liegt”⁴.

Des weiteren versuchte man wohl, durch die neue Namensgebung, Oberster Gerichtshof, jedweden Vergleich mit den homonymen Institutionen des 18. Jahrhunderts zu vermeiden. Vergessen wir nicht, daß nach den von Philipp V durchgeführten Reformen die höchste richterliche Kompetenz durch den ehemals mächtigen Rat von Kastilien verkörpert wurde (1385 eingeführt, wurde seine richterliche Kompetenz für die Rechtsfälle des Königs am Hofe von Toledo 1480 ausdrücklich anerkannt. Er übernahm die Kompetenzen bei den Fällen, die einen Einspruch gegen eine Einspruchsentscheidung darstellten und ihm auf dem Weg des Einspruchs von den Reales Audiencias, den Appellationsgerichten oder vom Rat selbst vorgelegt wurden, um auf dem Weg der Praxis zu entscheiden). Der neue Name könnte jedoch ebenfalls der Versuch sein, um den Vergleich mit anderen Verfassungsmodellen des 19. Jahrhunderts zu vermeiden, und hier besonders, mit dem französischen Modell, in dem in der plenumsartigen Verfassung von 1791 um den Kassationshof herum eine unabhängige Judikative geschaffen wurde, die, neben weiteren Kompetenzen, auch die inhärente Kompetenz der ausschließlichen und einzigen Rechtsauslegung besaß.

Viele Fragen stellen sich nun: auf welcher Grundlage entstand der Oberste Gerichtshof Spaniens als Institution, die die Judikative repräsentierte? Welche Aufgaben übernahm er? Ist es vorstellbar, daß er als unabhängige Macht gegliedert und ausgearbeitet war? Folgte man einem Verfassungsmodell? War er ein Garant für die Anwendung

² Vid. ESCUDERO, J. A., “Las Cortes de Cádiz: Génesis, Constitución y Reformas”, in ESCUDERO (Dr.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, 2011, S. XV.

³ MARTÍNEZ PÉREZ, F., “Constitución de la Justicia en Cádiz. Jurisdicción y Consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial”, in AHDE LXXXI (2011), S. 377.

⁴ Vid. “De la Administración de Justicia al Poder Judicial”, in *Obras Completas*, zit., t. V, S. 4176.

und Auslegung der neuen Verfassungsgesetze? Und wie stand es mit seiner Justizhoheit? Würde man sie als Quelle der spanischen Rechtsordnung ansehen? Wurde das Prinzip der Urteilsbegründung in diesem ersten Konstitutionalismus mit aufgenommen? All diese Fragen konzentrieren unsere Aufmerksamkeit zunächst auf die Beschaffenheit und die Kompetenzen des Obersten Gerichts.

II. BESONDERHEITEN DES KONSTITUTIONALISMUS VON CÁDIZ

Man pflegt zu sagen, daß die Verfassung von Cádiz das letzte Beispiel der Reformpolitik der spanischen Aufklärung war. Es besteht kein Zweifel daran, daß man mit dieser Behauptung auf den ungewöhnlichen Reformprozess anspielen möchte, der aufgrund des ersten allgemeinen, in außerordentlicher Sitzung versammelten Parlaments vom 24. September 1810 in Gang gebracht wurde, und der sich allem Anschein nach vom amerikanischen, englischen und französischen Modell unterschied. Indem ein Reformweg auf der Grundlage des Ancien Régime eingeschlagen wurde und, wichtiger noch, man dazu gezwungen war, zu einem Konsens mit denjenigen Abgeordneten zu kommen, die die Monarchie verteidigten, versuchte die Vorderfront des neuen Justizgebäudes, eine Verbindung mit anderen Verfassungsmodellen zu meiden. Daher bestand die Notwendigkeit, seine Wurzeln in bestimmten Institutionen des Ancien Régimes zu schlagen; beispielsweise, wie schon erwähnt, in der katholischen Monarchie selbst, die nun verfassungsmäßig geregelt wurde.

Andererseits deuteten die zuvor stattgefunden Debatten in der Ära der Junta General, des Generalrats, schon in diese Richtung. Nach den Beratungen mit verschiedenen Einrichtungen begannen die Veränderungen mit dem ersten Erlass, vom 24. September 1810, in dem die neuen Prinzipien, die den verfassungsbildenden Prozess begleiteten, verkündet wurden: die Achtung der Monarchie und die Verkündung der nationalen Souveränität und der Gewaltenteilung. Aber es handelte sich nur um eine formelle Erklärung. In dem Modell von Cádiz beaufsichtigte die Legislative den Wandel, alldieweil sie eine klare Vorherrschaft über die Exekutive und die Judikative besaß.

Diese Eigenart, Einrichtungen des Ancien Régime mit den Prinzipien des modernen Konstitutionalismus zu kombinieren, war vielleicht eines der herausragendsten Merkmale des beginnenden spanischen Konstitutionalismus, und einer der Gründe für seine Verbreitung und seinen Einfluß auf die ihm folgenden europäischen Verfassungsbewegungen (z.B., diente er sogar der reformistischen Dekabristenbewegung der russischen Offiziere vom 26. Dezember 1825 als Modell). Wie Horst Dippel es ausdrückt, “die allgemeine Bedeutung der Verfassung von Cádiz liegt in der Tatsache begründet, daß sie den wichtigsten Versuch im Europa der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts darstellt, das Wesen des modernen Konsitutionalismus mit der bestehenden monarchistischen Ordnung zu kombinieren”⁵.

⁵ “Constitucionalismo moderno. Introducción a una Historia que necesita ser escrita”, in *Revista Electrónica de Historia Constitucional* 6 (September 2005). [Zugang am 5. Mai 2012]

Auch wird meistens der Gedanke aufgeworfen, daß eine weitere Eigenart, die uns der Reformprozess in Cádiz hinterlässt, eben die Tatsache ist, daß das neue Verfassungsmodell mit der Geschichte legitimiert wird: der Historizismus als dialektisches Mittel der Legitimation des Wandels. Ein Historizismus nationalistischer Prägung, den wir in anderen Verfassungsmodellen nicht finden und der in seinen Artikeln, mit Ausnahme seiner Präambel, auch nicht zu finden ist. Dies zwingt uns dazu, auf die Justiz des Ancien Régimes zurückzugreifen, um das Modell, das in Cádiz ausgearbeitet wird, zu verstehen sowie den Grund dafür, daß die im Verfassungstext enthaltenen neuen Prinzipien und Einrichtungen anfangs eine rein programmatische Erklärung waren. Letzten Endes hilft es uns dabei, zu verstehen, weshalb “im Namen Gottes, des Allmächtigen, des Vaters, des Sohnes und des Heiligen Geistes, Autor und oberster Gesetzgeber der Gesellschaft” eine Verfassung ausgearbeitet wird, die davon überzeugt ist, daß, um gut zu regieren, in den “alten Grundgesetzen dieser Monarchie, begleitet von den angemessenen Verfügungen und Vorkehrungen, die auf dauerhafte und stabile Art ihre Erfüllung garantieren, (...) das Wohl und Gedeihen der ganzen Nation” zu finden ist. So wurde der Verfassungstext als eine Reform der Grundgesetze vorgestellt. Und es war so, wie Carlos Garriga feststellt, “der Verfassungsweg aus der Krise (...) entwickelte sich auf der Grundlage der traditionellen Ordnung als Ganzes – und nicht als Gegensatz zu ihr – und daher werden die in der Verfassung dargelegten und in ihrem Vorwort beschriebenen Lösungen als von der Tradition abgeleitet vorgestellt. Dies bedeutet noch lange nicht, daß der Verfassungsgedanke in der Verfassungsdiskussion nicht gegenwärtig gewesen wäre, aber seine Reichweite war notwendigerweise beschränkt, da er dem Rahmen der hispanischen Tradition unterworfen war, die man versuchte, verfassungsmäßig schriftlich neu zu formulieren”⁶. Daher die Einzigartigkeit des Verfassungstextes, der “sich absichtlich und kühn (in der Präambel) präsentiert und ebenso (in der Abhandlung) vorgestellt wird als eine moderne Reform der traditionellen Verfassung des katholischen Königtums”⁷.

Daher sind Werke wie der *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812* wesentlich, um den in jenen Momenten in Angriff genommenen Wandel zu erkennen, der dazu führt, daß Prinzipien wie die nationale Souveränität oder die Gewaltenteilung, die programmatische Grundlage, die seit dem Erlass I vom 4. September 1810 formuliert und von Diego Muñoz-Torrero y Ramírez Moyano vorangetrieben wurde, aus der Geschichte heraus begründet werden. Wie Marta Lorente und Carlos Garriga unterstreichen, “das in allgemeiner und außerordentlicher Sitzung versammelte Parlament arbeitete eine politische Verfassung der spanischen Monarchie aus, die in ihrer Präambel präsentiert wird als eine Neuformulierung der Vergangenheit in einem Zukunftsprojekt mit verbindlicher Rechtskraft” und zwar “ist der Historizismus zweifellos eine der Schlüsselerklärungen des Verfassungsmodells von Cádiz: nicht mehr als Rahmen für das Miteinander von

⁶ Vid. “Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz, y el orden jurídico”, in AHDE LXXXI (2011), S. 121.

⁷ S. zuvor, S. 123.

einander widersprechenden Rechtsordnungen, sondern als Hort von Argumenten, die für die Schaffung einer neuen Rechtsordnung notwendig sind”⁸.

Das Modell von Cádiz liefert uns zweifellos eine dritte Eigentümlichkeit, die sich aus dem schwierigen Augenblick, in dem der Reformprozess vorangetrieben wurde, ergibt – was uns zum historischen Kontext von 1808/12 führt: Das blinde Nacheifern, hier von anderen Verfassungsprozessen⁹, vor allem dem französischen, und die Fähigkeit, dies in seinen Artikeln einzufügen, wobei versucht wurde, dies zu verheimlichen.

Ein blindes Nacheifern, besonders des französischen Verfassungsmodells von 1791, wurde vor allem auf dem Gebiet der Justizverwaltung deutlich. Es wurden Prozesseinrichtungen und Rechtsprinzipien übernommen, die die neue Verfassungsordnung strukturierten und versucht, diese unter anderem Namen in den Verfassungsartikeln zu verstecken. All dies geschah aus Furcht der Liberalen vor der Ablehnung der konservativen Verteidiger des Königtums, die u.a. gesehen hatten, wie unter Geltung einer Verfassungsordnung Ludwig XVI im Januar 1793 enthauptet worden war. Und man kann nicht vergessen, daß auch der Beitrag von Cádiz daraus bestand, auf der Struktur des Ancien Régime eine Gerichtshierarchie und einen neuen Rechtsprozess wieder aufzubauen, die den neuen Verfassungsprinzipien entsprachen. Dieser Einfluss bestand beim in Cádiz versammelten Parlament, jedoch kann dies so nicht für das kastilische Parlament gesehen werden, auch wenn letzteres in einen Mythos verwandelt wurde, um ersteres historisch zu legitimieren, aber “in keinsten Weise ist dieses Parlament ein wesentlicher Fortbestand des kastilischen Parlaments, das sich bis ins 18. Jahrhundert versammelte, zuletzt 1789, noch wäre es richtig zu sagen, daß in Cádiz die alten Gewohnheiten des kastilischen Parlaments verfassungsmäßig geregelt wurden, zumindest hinsichtlich der Festlegung seiner Befugnisse, aber ebensowenig kann man den Gedanken aufrechterhalten, daß es eine Vermischung oder ein Gemisch der beiden gab. Das Parlament von Cádiz ist völlig verschieden vom kastilischen Parlament”¹⁰.

Auch dürfen wir nicht vergessen, daß die Verfassung von Cádiz von zwei Verfassungsmodellen beeinflusst wurde. Oder, wie Garriga es ausdrückt, “zwei Konzepte, die in zwei Verfassungsmodellen die (traditionelle) Verfassungsordnung und die (moderne) Verfas-

⁸ Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional, Madrid, 2007, S. 21-22 und 38.

⁹ Dieses blinde Nacheifern kann ebenfalls hinsichtlich des englischen Konstitutionalismus gesehen werden, besonders seitens der aufgeklärten Verteidiger des Königtums. Ab 1809 gibt es Gewissheit darüber, daß spanische Aufklärer mit englischen Politikern in Verbindung standen, wie Melchor Gaspar de Jovellanos mit Lord Holland – ein Anhänger der whigs-, und seinem Freund John Allend, die ihm seit 1809 den Rat geben, schnellstmöglichst das Parlament einzuberufen. Wir dürfen nicht vergessen, daß dank Blanco White, einem Freund des ersten, 1810 in London das Werk von Francisco Martínez Marina, Carta sobre la antigua costumbre de convocar las Cortes de Castilla veröffentlicht wird. Wie Escudero sagt, “sei es aufgrund ihrer eigenen Neigungen, oder aufgrund der Beziehung zu Jovellanos, oder aus beiden Gründen, wurden Holland und Allen zu gewohnheitsmäßigen Gesprächspartnern des asturischen Politikers, den sie über die angelsächsische Verfassungstradition und das britische Parlament belehrten und die Gelegenheit dazu nutzten, um Ratschläge darüber zu erteilen, was in Spanien zu tun sei und was vermieden werden sollte”, in “Las Cortes de Cádiz...”, zit., S. XXV.

¹⁰ Vgl. De Dios, S., “Las Cortes de Cádiz en su contexto ideológico y social”, in ESCUDERO (Dr.), Cortes y Constitución de Cádiz, Band I, S. 487.

sungsregelung verkörpern, deren Urbilder die ätherische englische Verfassung und die kontundenen Verfassungen des revolutionären Frankreichs sind”¹¹. Die Tatsache, daß man versuchte, den Einfluß vorhergehender Vefassungsmodelle zu verheimlichen, würde wahrscheinlich auch erklären, weshalb sich in den Artikeln der Verfassung auch kein besonderer Titel zu den Rechten und Pflichten der Spanier befindet, wie dies in der französischen Verfassung der Fall gewesen war. Der Verfassungsausschuß, der vom in allgemeiner und außerordentlichen Sitzung tagenden Parlament gewählt worden war und seine Ausschußsitzungen am 2. März 1811 aufnahm, bestand aus fünfzehn Abgeordneten und einem Mitglied, das dem Parlament nicht angehörte und führte über diesen Punkt Debatten¹². In der Sitzung vom 5. April, nach einer Debatte über das Gleichheitsprinzip¹³ und darüber, ob ein besonderer Titel über Rechte und Pflichten aufgenommen werden sollte oder nicht, beschloß der Ausschuß, die Rechte seien diejenigen der Freiheit, der Sicherheit, des Eigentums und der Gleichheit. Des weiteren wurden die Abgeordneten Torrero und Pérez de Castro damit beauftragt, den Entwurf von Ranz Romanillos in Angriff zu nehmen und einen Vorschlag zu dem Kapitel vorzulegen, das unter der Überschrift Kapitel II, von den Spaniern, über ihre Rechte und Pflichten¹⁴ verfaßt wurde.

Die Debatte über die Definition der Rechte der Spanier und ihre Einfügung in einen bestimmten Absatz wurde praktisch in der Sitzung vom 7. August 1811 abgeschlossen. Das einzige, das über eine Debatte im Protokoll steht, ist der Vorschlag, der “unterschiedlichen Gedanken, die darauf abzielen, den Artikeln, die von den Rechten der Spanier handeln, ein anderes Aussehen zu geben, da es einigen Herren des Ausschusses origineller und einfacher erschien, die Dinge auszudrücken, ohne die Rechte aufzuzählen. Und nach langer Diskussion wurde angenommen, oder von der Mehrheit ver-

¹¹ “Cabeza moderna, cuerpo gótico...”, S. 126.

¹² Der Ausschuß bestand aus folgenden Abgeordneten: Agustín Argüelles, José Pablo Valiente, Pedro María Rich, Francisco Gutiérrez de la Huerta, Evaristo Pérez de Castro (der das Amt des Sekretärs ausübte), Alonso Cañedo, José Espiga, Antonio Oliveros, Diego Muñoz Torrero, Francisco Rodríguez de la Bárcena, Vicente Morales, Joaquín Fernández de Leyva, Antonio Joaquín Pérez, Andrés de Jáuregui und Mariano Mendiola. Eingeladen war Antonio Ranz Romanillos, obwohl dieser dem Parlament nicht angehörte, der die Zusammenarbeit mit dem Ausschuß und das Angebot, den zuvor ausgearbeiteten Verfassungsentwurf vorzulegen, annahm. In seiner Sitzung vom 12. März 1811, wurde die Ernennung von Herrn Mendiola, als Vertreter Südamerikas, und von Herrn Jáuregui, als Vertreter von Kuba beschlossen. Die Protokolle des Verfassungsausschusses könnnen auf der Seite <http://www.cervantesvirtual.com/obra/actas-de-la-comision-de-constitucion-1811-1813>, [Zugang am 1. Juli 2012] nachgelesen werden.

¹³ In der Debatte über die Definition der Gleichheit, kam der Ausschuß überein, diese “bestehe daraus, daß es zwischen den Personen, die die Nation ausmachen, keinerlei Unterschied bei der Ausübung ihrer Rechte noch bei der Verteilung von Belohnungen und der Anwendung von Strafen gibt.”

¹⁴ Das Kapitel wurde von den genannten Abgeordneten in der Sitzung vom 10. April 1811 vorgelegt und bestand aus folgenden Artikeln:

Kapitel II VON DEN SPANIERN, ÜBER IHRE RECHTE UND PFLICHTEN

Artikel 1-Es sind Spanier: 1. Alle freien Menschen, die auf dem Gebiet Spaniens geboren wurden und dort wohnen, sowie deren Kinder; 2. diejenigen Ausländer, die im Besitz einer Einbürgerungsurkunde sind; 3. diejenigen, die diese nicht besitzen, jedoch seit 10 Jahren in jeglichem Ort des Königreiches ansässig sind, wie es das Gesetz vorsieht; 4. die Kinder der Einen und der Anderen, die auf spanischem Gebiet geboren wurden und an ihrem Wohnort einer geregelten Erwerbstätigkeit nachweisen können

einbart, daß im Anschluss an Titel I, Kapitel 1, Artikel 5 die Definitionen der drei ersten Rechte niedergelegt oder dargelegt und das Vierte ausweichend angedeutet werden solle". Die Debatte wurde in der Sitzung vom 9. August abgeschlossen, mit der Entscheidung, die Überschrift des Titel I solle sein Von der spanischen Nation und den Spaniern. Daher wird, da in der Verfassung von Cádiz kein besonderer Titels für Grundrechte existiert, in seinen Artikeln eine Reihe von Rechten festgelegt, besonders von Prozessrechten, als Verteidigung der Freiheiten¹⁵.

Diese Eigenarten, und ganz besonders die verfassungsmäßige Regelung des katholischen Königtums, waren wahrscheinlich der Grund dafür, daß das Verfassungsmodell von Cádiz sowohl von den Liberalen als auch von den Konservativen in Europa vehement abgelehnt wurde. Von ersteren, da sie der Auffassung waren, der neue, in Gang gebrachte Reformenprozess entferne sich von den Prinzipien und der verfassungsmäßigen Orthodoxie des französischen und des amerikanischen Modells, und die Verteidiger des Königtums, da die Rolle der Monarchie aufgrund ihrer Unterordnung unter die Legislative in den Hintergrund gerückt wurde. Jedoch wurde mit der Verfassung von 1812 ein entscheidener Schritt nach vorne getan, da zum ersten Male "sowohl die politische Freiheit (im wesentlichen ungleich), als auch die natürliche Freiheit (formell gleich)"¹⁶ garantiert wurde.

nachgehen; und 5. die Freigelassenen, von dem Augenblick an, da sie die Freiheit in Spanien erlangen.

Artikel 2 – Die Rechte der Spanier sind diejenigen der Freiheit, der Sicherheit, des Eigentums und der Gleichheit.

Artikel 3 – Die Freiheit besteht darin, all das tun zu dürfen, das der Gesellschaft nicht zum Nachteil gereicht noch die Rechte eines anderen verletzt.

Artikel 4 – Die Sicherheit besteht darin, daß ein jeder Mensch von der öffentlichen Gewalt gegen einen Angriff auf seine Person oder seine Rechte geschützt wird.

Artikel 5 – Das Eigentumsrecht ist das Recht darauf, frei über seine Güter und die Früchte seiner Begaubung, seiner Arbeit und seines Fleißes verfügen zu können und sich an ihnen zu erfreuen.

Artikel 6 – Die Gleichheit besteht darin, daß zwischen den Menschen, die die Nation ausmachen bei der Ausübung ihrer Rechte keinerlei Unterschied gemacht wird.

Artikel 7 – Die Vaterlandsliebe ist eine der wichtigsten Pflichten aller Spanier, ebenso wie gerecht und gütig miteinander umzugehen.

Artikel 8 – Alle Spanier sind dazu verpflichtet, der Verfassung treu zu sein, die Gesetze zu befolgen und die bestehende Obrigkeit zu respektieren.

Artikel 9 – Ebenso sind alle Spanier ohne Unterscheidung dazu verpflichtet, im Verhältnis ihrer Einkünfte einen Beitrag zu den Ausgaben des Staates zu leisten.

Artikel 10 – Ebenso sind alle Spanier dazu verpflichtet, das Vaterland mit Waffen zu verteidigen, wenn sie vom König dazu aufgerufen werden.

¹⁵ Bei der Aufzählung der Rechte gerichtlicher Natur ragen folgende heraus: Das Recht auf einen vom Gesetz bestimmten Richter oder Gericht (Art. 247), das Recht auf einen öffentlichen Prozess (Art. 302), das Recht auf einen richterlichen Schiedsspruch bei Zivilangelegenheiten (Art. 280), das Habeas Corpus-Recht (Art. 291ff.), die Einführung des Prinzips des nulla poena sine previa lege (Art. 287) oder das Vertretungsrecht, um die Einhaltung der Verfassung zu verlangen (Art. 373). Hierzu kommen noch das Recht auf bürgerliche Freiheit (Art. 4), persönliche Freiheit (Art. 172.11), Eigentum (Art. 4, 172.10, 294 und 304), Pressefreiheit (Art. 131.24 und 371), und Gleichheit (keine Zugeständnisse von Privilegien durch den König, Art. 172.9, oder das der steuerlichen Gleichbehandlung, Art. 339.

¹⁶ Tomas y Valiente, F., "Los Derechos fundamentales en la Historia del Constitucionalismo español", in

III. DAS MISSTRAUEN DER LEGISLATIVE GEGENÜBER DER JUDIKATIVE, DAS HERAUSRAGENDE KENNZEICHEN DES JUSTIZGEDANKENS IM PARLAMENT VON CÁDIZ

Mit dem verfassungsbildenden Prozess von Cádiz beginnt ein Reformprozess der Justiz, der zunächst nicht durch einen radikalen Wechsel in die Tat umgesetzt wird, sondern der den Justizbetrieb und die Justizeinrichtungen des Ancien Régime übernahm. Der Erlass vom 24. September 1810 – der, wie schon gezeigt, die Prinzipien der nationalen Souveränität und der Gewaltenteilung als roten Faden des Wandels festlegte – legte ebenfalls fest, daß “das in allgemeiner und außerordentlicher Sitzung versammelte Parlament einstweilen alle Gerichte und Justiz im Königreich bestätigt, damit diese weiterhin Recht sprechen”¹⁷, wobei eine Übergangsregelung für die Ausübung ihrer Tätigkeit festgelegt wurde. Dies gehorchte zweifellos, wie Martínez Pérez es ausdrückt, “dem Ziel, die Judikatur an das politische System anzupassen, wobei die Unterbrechung der raschen Rechtsprechung vermieden werden sollte und die spätere Absetzung des Richters ermöglichte, wenn dies die Untersuchung seines politischen Verhaltens ratsam erscheinen ließ”¹⁸.

Ohne zu analysieren, ob es in dem daraus resultierenden Modell von 1812 eine effektive Gewaltentrennung gab, zweifelte der Konstitutionalismus von Cádiz nicht an der Notwendigkeit der Einrichtung eines Obersten Gerichtshofes als Zentrum und Spitze der Judikative. Von Anfang an wurde über die Einrichtung eines Obersten Gerichts debattiert, das man, ebenso wie den Königlichen Rat von Kastilien seit der Reform Philipps V, als eine Schlüsseleinrichtung ansah, um die Einheit der spanischen Justiz zu erreichen. Tatsächlich überlegte man sich – als treues Spiegelbild des aufgeklärten Reformideals – vor dem Zusammentreten des in allgemeiner und außerordentlicher Sitzung versammelten Parlaments die Schaffung des Obersten Gerichts auf der Grundlage einer Reform des Rates von Kastilien, der in Mißkredit geraten war, “aufgrund seiner Haltung in den ersten Augenblicken der Unabhängigkeitskrise, aber auch – danach – aufgrund seiner offenen Opposition gegen die Verfassungsreformen zu Beginn des verfassungsbildenden Prozesses”¹⁹; obwohl es auch Stimmen gab, die der Meinung waren, er solle zum Garanten der Einhaltung der Grundgesetze werden und so dem Beispiel, u.a., des Obersten Justizars von Aragón und des Rechts, am Hofe auf Wiedergutmachung zu reklamieren, wenn Rechte verletzt worden waren, folgen, die seit der Parlamentsversammlung von Saragossa 1348 sich für die Einhaltung der Rechte und Freiheiten der Aragonier als wirksam erwiesen hatten²⁰.

Obras Completas, Bd. III, Madrid, 1997, S. 2024.

¹⁷ Erlass I vom 4. September 1810, in der Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811, Madrid, 1820, S. 3.

¹⁸ “Constitución de la Justicia en Cádiz...”, S. 385.

¹⁹ S.o., S. 403.

²⁰ Die hinsichtlich des Allgemeinen Rates durchgeführten Überlegungen, konkret im Parlamentsausschuß, die Volksbefragung von 1809, die Arbeit des Gesetzgebenden Rates, der am 5. September 1809 eingesetzt

Nach Beginn des verfassungsgebenden Prozesse wissen wir von den Debatten des Verfassungsausschusses nur, daß in seiner Sitzung vom 30. August 1811 “darüber debattiert wurde, ob es einen Obersten Gerichtshof geben solle und man beschloss, ihn zu haben”. Auch kam man bei dem Thema der Urteilsrevisionen überein, daß “über alle Berufungen, auch die außergewöhnlichen, in Übersee verhandelt und abgeurteilt werde, ohne sie auf die spanische Halbinsel zu bringen, und dies ohne Ausnahme jeglicher Art”, was eine Einschränkung seines Zuständigkeitsbereichs bedeutete. Im Entwurf stand der Vorschlag seiner Schaffung im Art. 258 (Verfassungsartikel 259): “Am Hofe gibt es ein Gericht, genannt Oberster Gerichtshof”, wobei das Parlament die Aufgabe hatte, “über die Anzahl der Richter, die Kammern, auf die diese verteilt werden sowie alles weitere, das seine interne Regelung angeht” zu entscheiden (Art. 259 des Entwurfs, der im Verfassungstext der Art. 260 ist)²¹.

Was nun den Zuständigkeitsrahmen angeht, so beschloß der Verfassungsausschuß, auf Vorschlag von Ranz Romanillos, in seiner Sitzung am 6. September 1811, eine der Grundkompetenzen sei “11. Die Anhörung der Zweifel der anderen Gerichte zur Verständlichkeit eines Gesetzes und die Beratung des König hierzu, auf den bestehenden Grundlagen, damit dieser die entsprechende Erklärung im Parlament anstrebe”, was zu einer Bedingung für die Gesetzesauslegungsbefugnis des Obersten Gerichtshofs wurde. Folglich kam es dem Parlament auf königlichen Antrag nach Anhörung der Zweifel der Richter zu, die einzig wahre Auslegung des Gesetzes durchzuführen.

Dies war die Folge des Misstrauens der Verfassungsgeber den Richtern gegenüber und ein deutlicher Versuch, die für das Ancien Régime charakteristische Justizwillkür einzuschränken, indem das Oberste Gericht als Spitze und Zentrum der Autorität akzeptiert wurde, um die Einhaltung der Gesetze zu garantieren, jedoch nicht als oberste Autorität, die Gesetze auszulegen, ein Aspekt, der dem Parlament vorbehalten blieb. Und dieser Versuch, die Tendenz zur Justizwillkür und zur Evokation der Prozesse zu vermeiden – die der Rat von Kastilien und die Monarchie selbst entwickelt hatte – führte dazu, gutzuheißen, daß “in keinem Fall weder das Parlament noch der König Justizfunktionen ausüben können, noch anhängige Rechtsstreite an andere Gerichte überweisen, noch befehlen, bereits abgeschlossene Gerichtsverfahren neu zu verhandeln”²².

Daher standen einige Abgeordnete dem breitgefaßten Zuständigkeitsrahmen, der ihm von Art. 260 des Entwurfs zugewiesen wurde (in der Verfassung dann Art. 261), ganz und gar nicht wohlwollend gegenüber, was den Grafen de Toreno sogar dazu veranlasste, die Notwendigkeit der Einführung “eines weiteren Gerichtshof, der vom Obersten Gerichtshof getrennt sei; und der vom Parlament zu wählen sei, um die Verantwortung der

wurde, sowie das, was im in allgemeiner und außerordentlicher Sitzung versammelten Parlament und im schon erwähnten Verfassungsausschuß angesprochen wurde, kann bei MORENO PASTOR, L, *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-183)*, Madrid, 1989, S. 21-37, nachgelesen werden.

²¹ Dieser Artikel wurde zu Art. 260 des Verfassungstextes: “Das Parlament bestimmt die Anzahl der Richter, aus denen er besteht sowie die Kammern, auf die diese verteilt werden”.

²² Verfassung von 1812, Art. 243.

Richter und den Vertretern der Exekutive festzulegen”²³ zu verlangen und folglich vorschlug, daß diese Kompetenz dem obersten Gerichtshof vorenthalten bliebe.

Dieses Mißtrauen der Judikativen gegenüber, die zu einer Kontrolle durch die Legislative führte, mündete nach Auffassung Agustín de Argüelles darin, daß es die Verfassung selbst war, die den Gerichten die Gesetzesauslegungsbefugnis zuwies, wobei es nötig war, ein Gerichtssystem aufzubauen, in dem der Oberste Gerichtshof nur das Zentrum der Autorität und der Garant für die Anwendung der Gesetze sei, jedoch nicht zuständig für ihre Auslegung: “Nachdem nun die Befugnis der Anwendung der Gesetze von der Verfassung den Gerichten übergeben wurde, ist es, damit ein System besteht, unabdingbar, ein Zentrum der Autorität einzurichten, in dem alle Zweige der Gerichtsgewalt zusammenlaufen. Aus diesem Grunde wird am Hofe ein oberstes Gericht eingerichtet, das dieses gemeinsame Zentrum darstellt. Seine Hauptaufgabe ist die oberste Aufsicht über alle Richter und Gerichte, die mit der Ausübung der Justiz betraut sind”²⁴. Die Besorgnis und das Mißtrauen der Verfassungsgeber, nicht, ob die Anwendung des Gesetzes garantiert würde, sondern, ob die Richter die Prinzipien des Konstitutionalismus übernehmen würden, lag den in Art. 261.10 eingeführten Einschränkungen zugrunde. Um es mit Martínez Pérez auszudrücken: “Die Sicherstellung der Anwendung, nicht nur des Gesetzes, sondern vor allem des Umwandlungsprojektes, das das Gesetz beinhaltete, stützte sich mehr auf die offensichtliche Identifizierung des Richters mit diesem Projekt denn auf die Möglichkeit, die Korrektur einer logischen Operation eines Mechanismus zu kontrollieren, wie es die Urteilsbegründung war”²⁵. Der Konstitutionalismus von Cádiz führte nämlich ebensowenig konsequent die Pflicht zur Urteilsbegründung ein.

Aufgrund der Eigenheiten des verfassungsgebenden Prozesses, der sich in der Einschränkung der dem Obersten Gerichtshof zuerkannten Zuständigkeiten widerspiegelt, wird deutlich, daß man dem französischen Modell des Kassationshofs nicht vollständig folgt, da man ihn nicht strictu sensu als einen “reinen Kassationshof” ansehen konnte²⁶. Die Verfassungsväter von Cádiz wiesen die Vorstellung von sich, daß die Gerichtsbarkeit des Obersten Gerichts die Grundlage einer “wahrhaften” Auslegung des Verfassungsgesetzes sein könnte, die in der Lage sei, das Gleichheitsprinzip in die Tat umzusetzen – das auf einer einheitlichen Anwendung des Gesetzes im gesamten Staatsgebiet beruht. Dies war schlichtwegs eine Folge des aufgeklärten Reformprozesses, der übergangsweise eine Gerichtsgewalt anerkannte, der er mißtraute.

Folglich war es der Oberste Gerichtshof, dem die Befugnis zukam, die Justizwillkür zu kontrollieren und die Anwendung des Gesetzes zu garantieren, und nicht der Legislative, wie dies beim französischen Modell der Fall war. Die Rolle, die der französische Référé-

²³ S. DS, Nr. 415, Sitzung vom 21. November 1811, Bd. III, S. 2307 und 2309. These, die vom Abgeordneten Pascual akzeptiert wurde, s. DS, Nr 416, Sitzung vom 22. November 1811, Bd. III, S. 2313 ff.

²⁴ S. Discurso preliminar a la Constitución de 1812, mit einer Einführung von Luis Sánchez Agesta, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, S. 102-110.

²⁵ Constitución de la Justicia en Cádiz...”, zit., S. 386.

²⁶ S. FAIRÉN GUILLÉN, V., “La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)”, in Temas del Ordenamiento Procesal, Bd. I, Historia. Teoría General, Madrid, 1969, S. 214.

ré bei der Einhaltung der Gesetze spielte, wurde in Spanien zunächst durch die Beratung des Königs durch das Oberste Gericht und der entsprechenden Zurückleitung ans Parlament übernommen. Obwohl man annehmen kann, daß die in Art. 261.10 festgelegte Befugnis, hinsichtlich derjenigen, die in Artikel 131.1 vorgesehen war, der die Befugnis zur Gesetzesauslegung dem Parlament zusprach – und daher der Legislative die Verantwortung dafür übertrug, daß die Gewaltenteilung garantiert wurde – seinen Vorreiter im *référé législatif facultatif* des Artikel 12 des Erlasses vom 16. August 1790²⁷ hatte, wollten die Verfassungsgeber von Cádiz jedoch nur den Obersten Gerichtshof zu einem strikten Gerichtsorgan werden lassen, dem Garanten der Anwendung des Gesetzes und der Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit der Richter, und nicht zu einer Schlüsseleinrichtung für die Einrichtung der Doktrineinheit bei der rechtlichen Anwendung.

Dies erklärt dann auch, weshalb der Verfassungsartikel 261.9 ihm zuvor nur die Befugnis zuerkannt hatte, „über Nichtigkeitsklagen zu entscheiden, die gegen die letztinstanzlichen Urteile eingereicht werden, eben zu dem Zweck, den Prozess neu anzustrengen und ihn zurückzuverweisen, und somit der Verantwortung gerecht zu werden, von der der Art. 254 handelt“. Es handelt sich somit um ein außerordentliches Rechtsmittel, eine <Nichtigkeitsklage>, ähnlich der französischen Kassation, die jedoch nur bei Fehlern in *procedendo* zugestanden wird und nicht bei denjenigen, die sich aus der Anwendung des Gesetzes ergeben – in *iudicando* –²⁸.

Wie Argüelles aussagt, stünde es dem Obersten Gerichtshof in seiner Kontrollbefugnis nur zu, über „in den Provinzen angestregten Gerichtsverfahren und Rechtssachen, nur in dem einzigen Fall der Nichtigkeit in der dritten Instanz zu entscheiden. Er urteilt nur darüber, ob die Gesetze, die den Prozess regeln, eingehalten wurden oder nicht, und enthält sich des Eingriffs in das Wesentliche der Angelegenheit, die an das zuständige Gericht zurückverwiesen wird, damit dieses durchführt, was gebührt“. So wurde die Existenz einer Prozesseinrichtung gefordert, die dazu bestimmt war, die Nichtigkeit von Urteilen aufgrund von Fehlern in *procedendo* zu erklären, die ihr von der zweiten Instanz zugewiesen wurden, jedoch entschied diese nicht bei Fehlern in *iudicando*, welche an die entsprechende Instanz rückverwiesen wurden. Das Rechtsmittel war eine Prozessgarantie, die, in Verbindung mit dem in Art. 254 vorgesehenen entsprechenden Verfahren aufgrund von Verantwortung, „den Eifer und die Rechtfertigung der höheren Provinzgerichte sicherstellte, die nur mit Respekt zu einer obersten Autorität aufschauen können, von der sie für ihre begangenen Fehler oder Vergehen zur Rechenschaft ge-

²⁷ S. hierzu *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Nr. 366, Sitzung vom 2. Oktober 1811, Bd. III, S. 1983 und Nr. 422, Sitzung vom 28. November 1811, Bd. III, S. 2342. Ebenso, FAIRÉN GUILLÉN, „La recepción“, zit., S. 213 und MORENO PASTOR, *Los orígenes del Tribunal Supremo*, zit., S. 44 und 45.

²⁸ Auch beim Prozess- und verfahrensmäßigen Übergang zum neuen Rechtsmittel wurde festgelegt, daß die Befugnis, um über das antiquierte Rechtsmittel des Einspruchs gegen eine Einspruchsentscheidung zu entscheiden – die dem Königlichen Rat von Kastilien, nach zuvoriger königlicher Erlaubnis, zukam – ebenfalls beim Obersten Gerichtshof liegen solle, jedoch läge das *Placet*, um über das Rechtsmittel zu entscheiden, beim Parlament, ein weiteres Beispiel für die Aufsichtsfunktion der Legislative (Erlass vom 17. April 1812). S. hierzu SÁNCHEZ ARANDA, A., *El recurso de segunda suplicación en el Derecho castellano*, Granada, 2007, S. 623 ff.

zogen werden”²⁹. Folglich wurde zwischen der rechtsprechenden und der wahrhaftigen Auslegung nicht unterschieden.

Ein letzter Grund, den Argüelles vor dem Parlament verteidigte: “Die Nichtigkeitsklage (...) wird nur in den Fällen angestrengt, bei denen in der dritten Instanz die Formalitäten, die das Gesetz zur Untersuchung der Rechtssachen vorschreibt, nicht eingehalten wurden. Sobald die Nichtigkeit erklärt ist, wird der Prozess an die jeweilige Audiencia zurückverwiesen, damit die Sache, nachdem sie in ihren früheren Zustand zurückversetzt wurde, von neuem von dem Gericht verhandelt wird, das den Fehler begangen hatte”³⁰. Die Nichtigkeitsklage aufgrund eines error in procedendo wurde von den Statuten der Audiencias und erstinstanzlichen Gerichten ausgearbeitet (Erlass vom 9. Oktober 1812). Die ausschließliche Kompetenz des Obersten Gerichtshof (Art. 47) legte fest, daß, nachdem das von der Audiencia ergangene erste oder zweite Berufungsurteil rechtskräftig geworden war und kein Suspensiveffekt in Kraft trat, die “Nichtigkeitsklage verkündet” sei (Art.46). Obwohl das Ziel das gleiche wie bei der Kassation war, sind die Wirkung der Nichtigkeit – beschränkt auf einen Prozessfehler – und der Versuch, den französischen Einfluss zu verheimlichen, eine Erklärung für den Namen, der dieser Prozesseinrichtung gegeben wurde, ein Aspekt, der bis zur Zivilprozessordnung von 1855 beibehalten wurde, in welcher sie ohne Umschweife als Rechtsmittel der Kassation sowohl bei error in iudicando als auch in procedendo aufgenommen wurde.

Was das in allgemeiner und ausserordentlicher Sitzung versammelte Parlament jedoch wohl entwickelte, war die Regulierung dessen, was die Verantwortung der Richter in der Ausübung ihrer Gerichtsfunktion anging, ein treues Spiegelbild des schon erwähnten Mißtrauens gegenüber dem Richterstand, auch wenn dies innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Regelungen geschah, die die Verantwortung aller öffentlichen Bediensteten festlegte. Der Erlass wurde dem Plenum vom Komitee für die Einrichtung von Gerichten vorgeschlagen und am 24. März 1813 angenommen. Er regulierte die Pflichtverletzung in Art. 1 und behandelte die besondere Verantwortung derselben in Art. 7: “Derjenige Richter, der aufgrund fehlender Ermittlungen oder aus Nachlässigkeit entgegen des ausdrücklichen Gesetzes sein Urteil fällt, und derjenige, der aufgrund eines Verstosses gegen die Gesetze, die den Prozess regeln, verursacht, daß der von ihm beendete vor dem zuständigen oberen Gericht wieder aufgenommen wird, bezahlt alle entstandenen Schäden und wird für ein Jahr vom Dienst suspendiert. Im Wiederholungsfalle entstehen ihm die gleichen Kosten und er wird seines Amtes enthoben und es wird gegen ihn ein Berufsverbot ausgesprochen”³¹.

Und innerhalb der Kontrolle, der der Oberste Gerichtshof Spaniens durch die Legislative unterworfen war, wurde im Art. 19 sogar die Möglichkeit eines Besuchs bei der obersten Instanz vorgesehen, bei der die entsprechenden Rechtsangelegenheiten untersucht würden, auf Befehl des Parlaments: “Sollte es aufgrund von Beschwerden, die dem

²⁹ Discurso preliminar, zit., S. 102-110.

³⁰ S. DS, Nr. 422, Bd. III, Sitzung vom 28. November 1811, Bd. III, S. 2346.

³¹ Colección de los decretos y órdenes (...), Bd. IV, S. 22.

Parlament vorgelegt wurden oder diesem vom König übermittelt wurden, angebracht erscheinen, dem Obersten Gerichtshof einen Besuch abzustatten, so kann dies nur das Parlament beschließen. Hierzu werden zwei oder drei Abgeordnete aus seiner Mitte beauftragt, die abgeschlossenen Rechtsangelegenheiten dieses Gerichts zu inspizieren; das Ergebnis wird veröffentlicht und sollten genügend Indizien vorliegen, um das Gericht, oder eine seiner Kammern, zur Verantwortung zu ziehen, wird vor allem angeordnet, Anklage zu erheben und zu diesem Zweck werden neun Richter ernannt, gemäß Verfassungsart. 61, wobei selbstverständlich die Schuldigen vom Dienst suspendiert werden”³².

IV. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Die Befugnisse, die der Art. 261 in seinen Punkten 9 und 10 dem Obersten Gerichtshof zuwies, spiegeln das Mißtrauen der Verfassungsgeber von Cádiz gegen die Justiz wieder. Eingerahmt in den besonderen aufgeklärten Reformprozess, der in Gang gesetzt wurde, können wir das Übergewicht und die Aufsichtsfunktion der Legislative beobachten, die Befugnisse der anderen Gewalten übernimmt. Eine Aufsicht, die außerordentliche Spuren hinterließ und, in diesem Sinne, bis zu den Reformen zwischen 1835 und 1838 galt, als die Vorbehalte überkommen und die Unabhängigkeit der Judikative vorangetrieben wurden. Ab dann erhielt der Oberste Gerichtshof Spaniens die notwendigen Instrumente, um zur “Stimme” des Gesetzes zu werden, zum Garanten der wahrhaftigen Auslegung des Rechts.

Daher wurde in Cádiz das Ideal der Einheit in der Rechtsprechung nicht als Grundlage des Gleichheitsprinzips aufgenommen, d.h., die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes als Mittel zur einheitlichen Auslegung, und folglich auch nicht die Pflicht zur Urteilsbegründung. Die Notwendigkeit, mit der Jurisprudenz des Hohen Gerichts einen unabhängigen Grundpfeiler für die Einheitlichkeit bei der Anwendung des Verfassungsgesetzes zu haben, um des neuen Gleichheitsprinzips wegen, zog es nach sich, ihm eine wahrhaftige Gewalt bei der Auslegung des Gesetzes zu verleihen, die in dem Kontext, in dem die Reform ihren Ausgang hatte, nicht möglich gewesen wäre³³.

Und es war nicht einfach, sie als Quelle der spanischen Rechtsordnung zu etablieren. Der Unabhängigkeitskrieg, der eingeschlagene Reformweg, der dazu führte, das katholische Königtum in Verfassungsrang zu heben, das Mißtrauen gegenüber dem richterlichen Modell, die Ausübung der Justizwillkür, um nur einige zu nennen, dienten als Ansporn, um einer Judikativen nicht die völlige Unabhängigkeit zuzugestehen, deren Verantwortung und richterliche Unabsetzbarkeit jedoch anerkannt wurde. Wie es Fairén Guillen ausdrückt, geschah der Wandel hin zu einer liberalen Justizverwaltung durch “Männer ohne jegliche parlamentarische Erfahrung, die ein vollkommen neues politisches und rechtliches Gebäude für Spanien bauen mussten, voller Sorgen und Aufgaben aller Arten, die in Tumulten mit ständigen Unterbrechungen debattiert wurden, nicht

³² Colección de los decretos y órdenes (...), Bd. IV, S. 24.

³³ S. BARÓ PAZOS, J., “Notas acerca de la formación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta la Codificación del Derecho civil”, in AHDE LXVII (1997), S. 1511-1524, besonders S. 1512.

nur aufgrund der <Ordnung> der verschiedenen Debatten an sich, sondern aufgrund der Notwendigkeit, sich vorrangig darum kümmern zu müssen, einen verheerenden Krieg zu gewinnen”³⁴.

Erst mit dem Erlass vom 4. November 1838, nachdem einmal das Verfassungsmodell der Zivilgerichtsbarkeit geschaffen worden war, wurde die entpolitisierte Kassationseinrichtung vollständig rezeptioniert, die sich in Frankreich konsolidiert hatte, indem die Zuständigkeit des obersten Gesetzesauslegers dem Obersten Gerichtshof hinzugefügt wurde. Dies war ein Schlüsselaspekt für die Doktrineneinheit, die notwendig war, um konkret über die allgemeinen Prinzipien der Gesetzgebung zu entscheiden und der Zeitpunkt, an dem die Reise der Unabhängigkeit der Judikative begann. Diese Reise fand unter dem Einfluss der Verfassung von 1812 statt, wurde aber immer wieder verzögert: Das beste Beispiel sind wohl die bürgerliche und die Prozesskodifizierung, oder die Harmonisierung der verschiedenen Gerichtsbarkeiten und ihr Aufbau, die erst mit dem Übergangsgesetz von 1870 auf den Weg geschickt wurden. Als logische Folge kam auch die verfassungsmäßige Regelung der Justiz erst spät an.

Als Ergebnis der Verfassungsreform, die 1810 begann, gestand man der Jurisprudenz des Obersten Gerichtshofes erst mit der Veröffentlichung des Bürgerlichen Gesetzbuches die rechtliche Anerkennung als Rechtsquelle zu. Unter den Quellen der Rechtsordnung wurde, in Ermangelung von Gesetz und Gewohnheit, diejenige der allgemeinen Rechtsprinzipien festgelegt, die nun wohl durch die wiederholte Rechtsprechung identifiziert wurden, die der Oberste Gerichtshof Spaniens über eine bestimmte Materie festlegte (Art. 1.1.4). So wurde eine mehr als neunundsiebzig Jahre andauernde Etappe abgeschlossen, die die “Staatstragende Funktion der Justiz”³⁵ im Rahmen des Konstitutionalismus festigte.

³⁴ “La recepción...”, zit., S. 195-236, 200 und 202.

³⁵ S. hierzu, CLAVERO SALVADOR, B., “La gran innovación: Justicia de Estado y Derecho de Constitución”, in J. M. SCHOLZ, *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, 1992, S. 175-176.

Judicial independence in the middle of the 19th century: from theory to practice

Miguel Morales Payán

I. Introduction	27
II. Changes in the administration of justice during the 19th century	29
III. Constitutional recognition of judicial independence	35
IV. Some concrete cases	39

The different constitutional texts that came into existence during the nineteenth century normally announced the Judiciary's independence from the other powers of the state's branches. These announcements were, however, more theoretical than a reality, at least during the most part of the 19th century. There were numerous obstacles that made this emancipation difficult, as there was the habitual participation of the mayors in the administration of justice, the formal recognition of jurisdictional authority by the Senate, the concession of procedural privileges to public employees or the arbitrary use of the mercy of pardon contradicted this alleged freedom of action. It was not until the last third of the century that we can see a real conviction of the convenience of its liberation and action was taken accordingly.

I. INTRODUCTION

The practice of clemency, together with other forms of mercy in the right to grant pardons, is a long-standing practice in our country, not only years old, but several centuries. Members of the military, the police, politicians of all kinds of hues, bankers, drug dealers, thieves, forgers and many others, from time to time they all enjoy its benefits. So, in 2013 almost 200 pardons were granted¹.

Non-official sources give the number of beneficiaries of the appeal to this institution after the approval of the democratic constitution of 1978 until today to be more than 17.000².

However, some of the pardons granted lately, especially the one granted to a kamikaze driver, sentenced to thirteen years of jail for a criminal offence of serious reckless driving with contempt for the life of the others or the one granted to four policemen of the

¹ To be exact, 190, according to a report of the Ministry of Justice on that topic (answer of February 19, 2014, exit number 201400007827).

² The Ministry of Justice points out that they have a database for these cases, starting in 2001 and that until 2013 a total amount of 4.788 pardons have been granted (according to their answer as by February 19, 2014, exit number 201400007827).

autonomous region of Catalonia, mossos d'esquadra, condemned for criminal offences against moral integrity, torture, injuries and illegal arrest (in this case it was a double pardon in order to avoid their entry in prison) have caused a lively debate, something which is nothing new in the history of this institution³. Among the most expert complaints that have been voiced lately is that of a group of judges who signed a manifesto with the title 'Contra el indulto como fraude en defensa de la independencia judicial y de la dignidad' 'Against pardon as a fraud, in defence of judicial independence and dignity', where they denounced the, in their opinion "indelicate and errant use" of pardon on the part of the executive power, something which, "by using pardon as an instrument in order to achieve goals which have nothing to do with those who justify it" will only lead to the government's destruction of "the division of Powers" and at the same time it "usurps the role of the Judiciary, sending the Judicature an unmistakable message of contempt, by moving it into a subordinate position within the constitutional order (...) "⁴.

And it is precisely this frame where we are going to expound our analysis, i.e., an investigation of the long fight that started in the Constitution of 1812 in order to make this judicial independence come true, which was not only proclaimed in this constitution but in each and every constitutional text that followed during the 19th century, which, however, quite often were only a mere declaration of intent.

Even though the question is not a new one in Spanish legal historiography, what is new, however, is that we concentrate on several concrete aspects, as there are: the abuse in the practice of pardons, the participation of the mayors in the administration of justice, the Senate's acting as a court of justice, or the necessary authorization in order to prosecute a civil servant, all these make unmistakably clear the kinds of difficulties the Judiciary has to overcome in order to avoid to be subjugated by other powers which are only too eager to amplify their field of action.

³ In the first case, it was even the Minister of the Interior who, despite expressing his solidarity with the government's decision, pointed out the need for the Ministry of Justice to be extremely cautious when proposing cases where pardon should be granted ("he has to pay more attention to certain questions").

⁴ Of course, the complaint is nothing new. Already at the end of the 19th century, Reverendo Montes, J., in *La pena de muerte y el derecho de indulto*, Madrid, 1897, p. 217, asked the following questions: "(...) In the legal system, pardon is a modification or overturning of an enforceable sentence. In order to do so, it is necessary to assume there is a person or court which is superior to the one that issued the verdict that is being modified or overturned. So, doesn't the superiority of the Executive over the Judiciary appear obvious, as long as a pardon can modify a final verdict? If the one who grants pardon is not superior to the courts of justice in the hierarchy of the Judiciary, then, what is the basis of his right to pardon? Why does he have to overturn its verdicts? If he is higher up in the hierarchy, then where is the separation of Powers? What does their respective independence consist of, established by modern science, as the basis of Political Law?"

II. CHANGES IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE DURING THE 19TH CENTURY⁵

The 19th century is doubtlessly decisive for the configuration of the present organizational panorama in Spain, and especially of its courts⁶. Here, the majority of the doctrine agrees in pointing out that in our country there are three key moments in the process of consolidation of this 19th century legal system: an initial one, during the first decade of the century, followed by another one during the 1830s and, finally, the third one, closing the circle, coinciding with the so-called “sexenio revolucionario” (revolutionary six-year period)⁷. In this analysis we will pay special attention to the two first ones.

During the beginning, which covers the complex reign of Ferdinand VII, we witness a ruthless fight between two completely conflicting opinions: keeping the legacy handed down from centuries gone by, or transforming it radically into a model that would be thoroughly the opposite (at least formally)⁸.

The monarch was not one for making changes. Reactionary in his decision-making, in favour of leaving things the way they were, only circumstances could make him change his behaviour. When these detours occurred, they seemed to be circumstantial, momentary, without moving his convictions only one inch. It is known that he started his reign

⁵ As Professor González Alonso, B. explains illustratively in “La justicia” in AAVV, *Enciclopedia de Historia de España*, directed by Miguel Artola, 2. Instituciones políticas. Imperio, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 34, in order for “the law to play its pacifying role confirming the social order, it is, in turn, necessary that its decrees are respected. For this reason, the mechanisms to be used in a supposed violation of the rules have to be prepared, in order to re-establish the Law as good as possible, and to punish, if this is the case, transgressions of the legal system”. Among these devices, what is commonly called exercising the legal profession, is doubtlessly outstanding.

⁶ Carro Martínez, A., *La Constitución española de 1869*, Madrid, 1952, p. 137: “(...) From a constructive point of view, the legal career is organized with an independence it lacked before. The main reform is that you can only enter after an examination, and that the right of proposal is transferred from the Ministry to the Council of State (...) To be honest, it has to be admitted that in order to confirm the judicial independence, the complex articles 94, 95, 96, 97 and 98 were not necessary, they seem more appropriate for a constitutional law for the judicial body than for a constitution. However, it is significant that the bases of the modern Spanish legal system were set by these principles”. Fernández Segado, F., *Las constituciones históricas españolas*, Madrid, 1981, p. 317, continues in the same vein, adding “(...) And let’s remember here that it was the Constitutional Cortes themselves which elaborated the provisional Law on the Organization of the Judiciary dated 23rd of June of 1870 which, in turn, was published and ordered to be followed as Law on the Organization of the Judiciary by another one dated September 15 of that same year”. This rule was in force until a little less than twenty-five years ago.

⁷ Sáinz Guerra, J., *La Administración de justicia en España (1810-1870)*, Madrid, 1992, p. 21: “The organization of the Judiciary that was introduced by the Liberals in the 19th century (...) has its final result in the provisional constitutional Law on the Judiciary dated September 15, 1870 (...)”.

⁸ Aparicio, M.A., *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, 1995, p. 16: “It is therefore understandable that when the nationalists in Cádiz receive this extraordinarily complicated judicial organization chart – if we may call it that way – furthermore accompanied by a not less complicated legal system, they try to introduce certain rationalization standards. The difficulty of the task was not hidden from them, nor were the few forces they could count on: this was perhaps the reason why their intention was not to create a judicial structure but to ‘repair and improve’ the already existing one”. See additionally, Muñoz de Bustillo, C., “La organización de los tribunales españoles (1808-1812) in Cano Bueso, J., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Sevilla, 1989, p. 545-561.

abandoning the country, in order to solve dynastical concerns. As his ruling obligations were being neglected and the throne was usurped by a foreign monarch, an unexpected popular reaction occurred which triggered off the citizens' consciousness of their role as a protagonist when it came to governing.

In the face of his anti-progressive orders, a sector of society not only proposed a substantial change in their model of co-existence but tried to put it into practice. This change did not only mean a rupture with the inherited tradition in all areas, but especially in the Judiciary. It implied cutting the ties with "an administration of justice built in the shadow of the King's sovereign authority, on his supreme power in all aspects of political life and under the cover of its unity and indivisibility"⁹. This would bring about the ban of a judicial concept that was incompatible with any kind of independence from the political power, plainly discriminating, which also was the guardian of the iron hierarchy of social classes in force and, above all, very complex¹⁰.

This complexity was due to the passing of the centuries¹¹ and included an innumerable amount of institutions and juxtaposed rules, many of which had been created in the Middle Ages and were still in force¹². In Castile, in the late Middle Ages, a new kind of law, the *ius commune*, surfaced and was not greeted with dislike by the Crown, especially by Alfonso X. His willingness to spread it and to use it in his reign made the future generations see, on the one hand, a strengthening of the monarchical power which, as the centuries passed, would result in an undisputed absolutism and, on the other hand, at the same time that technical-juridical instruments were obtained which were necessary for a thorough reform of the judicial machinery. This was a metamorphosis which, of course, was closely linked to the royal interests, building a model of justice whose most outstanding characteristics were, according to González Alonso¹³:

- The jurisdictional organs frequently had a mixed character (thus they were not specialized). In practice, this meant that they simultaneously performed governmental and judicial tasks.
- The legal system suffered from hypertrophy and asymmetry, translated, among other things, into an overabundance of judges and courts, their irregular distribution and deficient hierarchical structure and a vague delineation of their respective competences.
- Delegability of ordinary jurisdiction.
- Multiplicity of jurisdictions.

⁹ Sáinz Guerra, *La Administración...*, op. cit., p. 21.

¹⁰ González Alonso, *La justicia...*, op. cit., p. 382: "This necessarily public justice, lacking the independence from the political power, discriminatory and transmitter of the iron hierarchy of the Estates of the realm, was incompatible with simplicity (...)"

¹¹ See Czeguhn, I.; Sánchez Aranda, A., "Spain and Portugal until the 18th century" in Wijffels and CH. van Rhee (eds.), *European Supreme Courts. A portrait through History*, London, 2013, p. 142-149.

¹² Bermejo Cabrero, J.L., *Poder político y administración de justicia en la España de los Austrias*, Madrid, 2005, particularly, p. 15ff.

¹³ González Alonso, *La justicia...*, op. cit., p. 399.

- Unlimited authority of the king, since he held the supreme jurisdiction and could interfere in the administration of justice (since the king could move any cause to a higher court, entrust its judgement to any judge he fancied, interfere in its course, dictate its stay of proceedings, overturn the acts already practiced, revoke the verdict or neutralize the *res judicata* effect).
- Subsequent lack of independence of the judges and subordination of justice under the monarchy's politics.
- Technification, complexity and slowness of the judicial procedures.
- Diversity of procedural privileges (so that the treatment the intervening parties received depended on their on their social status and the class they belonged to).
- Very broad discretionary powers of the judge during the legal proceedings.
- Unfavourable situation of the alleged offender against whom the criminal trial is held¹⁴.

The crude reality of these premises where the idea of judicial independence was not “part of the mental categories of the time”¹⁵, as we have already pointed out, made the complaints about the bad functioning of justice to become a constant during several centuries, intensifying notably during the 18th century¹⁶. In times of profound reforms, of important intellectual concerns, such inconsistencies could not remain unnoticed. Therefore, the movement of the Enlightenment advocated, amongst other things, the evolution of justice until it became the “instrument of the citizens and not a servitude for vassals”¹⁷.

A legitimate aspiration, which showed signs of becoming a reality at the beginning of the 19th century, just when the reins of the country's government are in the hands of an imposed monarch: Joseph I, sustained by the armed force of a foreign army who was rejected by the people. However, his proposals for reforms were severely attacked by the latter, who, in turn, led by governing institutions as the Junta Central, the Consejo de Regencia or the Cortes, the Parliament itself when meeting in Cadiz, make other proposals,

¹⁴ For the field of criminal law, see Tomás y Valiente, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta* (siglos XVI, XVII y XVIII), Madrid, 1969.

¹⁵ Tomás y Valiente, F., “De la administración de justicia al poder judicial” in AAVV., *Jornadas sobre el poder judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, 1990, p. 14: “(...) On the contrary, the judge depends on a hierarchy that begins with God and his ‘representative on Earth’ – expression used in the *Partidas* – which is the king”.

¹⁶ See Alejandro García, J.A., “La crítica de los ilustrados a la Administración de justicia del Antiguo Régimen” in *Separata del Anuario Jurídico y Económico Escorialense XXVI*, Tribute to FR. José López Ortiz, vol. II, (1993), p. 427-451 and Roldán Verdejo, R., *Los jueces de la monarquía absoluta. Su estatuto y actividad judicial*. Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII, La Laguna, 1989.

¹⁷ Villapalos, G., in the foreword of *La Administración de justicia...*, op. cit., p. 13. This liberal proposal is innovative, as opposed to some ideals of justice in the present which “have their nucleus in the principle of competence, in that of the legal judge, and of the constitution of a hierarchical and centralized system which operates already under the spluttering principle of legality, which is not so much a guarantee of being subject to jurisdiction than one of the monarchical system, which makes sure in this way that the royal servants fulfil the law”.

also innovative, but with a more national cut. The Decree of the Cortes dated September 24, 1810 which, among other questions, proclaims the national sovereignty and the division of powers, is the starting signal for the radical transformation of the Judiciary, destroying the historical royal monolithism.

From that moment on, with the liberals in power, two important goals were pursued in the legal system: obtaining a highly instructed justice which is completely at the service of the citizens¹⁸. The former vassals were the keystones of the new, proposed, supra-structure. Since the protagonists considered themselves to be indisputable, their participation became indispensable. Therefore, the Constitution of 1812 included in its articles features as that of the jury¹⁹, where public participation was decisive for the outcome of the trial, or that of arbitration²⁰, which allowed an appeal to mediators who were elected among their own neighbours. Even conciliation²¹ may be mentioned, even though in a more indirect way, since it was a compulsory route before going to court where the mayor-judges, elected by public vote, played an outstanding role.

However, together with these indispensable and more or less immediate, ways of civic co-operation, the liberals were longing to eliminate any vestige of the traditional arbitrariness inherited from previous centuries. A good way of achieving their goal was trying to apply some approaches which were more characteristic of mathematical logic. The mental scheme was very simple. Contrary to the customary accumulation of power in the hands of the King, now the Nation is its repository. This, in itself, is not a guarantee for its good use. However, its division, so that it appears distributed, is this guarantee²². It is considered to be enormously positive that one representation of society designs the guidelines it has to follow, another one puts them into practice and finally, that other social agents take care of solving the possible conflicts their execution may cause.

¹⁸ García de Enterría, E., "Revolución Francesa, Derecho público y justicia administrativa" in AAVV, *Jornadas sobre el poder judicial...*, op. cit., p. 45: "On this finally cleared up basis, in the end the new judicial system can be built, on the one hand, which at last allows a legal and objective justice, free from the foul adherences of the Estates of the realm (...)"

¹⁹ Art. 307: "If eventually, the Cortes believe it to be convenient to have a distinction between the judges of the facts and the legal judges, they will establish this in the way they esteem appropriate". On the real role of this feature in the constitutional framework, see Clavero Salvador, B., "Códigos y jueces (las puertas y los porteros de la ley)" in AAVV, *Jornadas sobre el poder judicial...*, op. cit., p. 69-89.

²⁰ Art. 280: "No Spaniard may be deprived of his right to solve his disputes by means of arbitrators elected by both parties". Art. 281: "The sentences dictated by the arbitrators will be enforced if the parties, when making the agreement, have not reserved their right to appeal". See also Merchán Álvarez, A., *El arbitraje. Estudio histórico-jurídico*, Sevilla, 1981.

²¹ Art. 282: "The mayor of each village will act there as a conciliator; and who wants to sue for civil matters or for slander, has to present himself before him for this purpose". Art. 283: "The mayor, with two honest men, each appointed by one party, will hear the claimant and the defendant, he will listen to the reasons on which they base their respective intentions; and, once heard the legal opinion of his partners, he will make the decision that seems appropriate to him in order to end the dispute without any further steps, since it really ends if the parties are content with this extrajudicial decision". Art. 284: "No lawsuit will be begun without the record that conciliation has been tried before".

²² Nieto, A., *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986, p. 152: "However, the separation of powers, strictly understood, would not be a balance but a chaos".

Those who determine the guidelines to follow are a select group of citizens, elected periodically and having to render account to the Cortes. The tools they use for marking the road to follow are the laws²³, a polyseme which in this particular case has to be interpreted as the clear expression of this Nation's will²⁴, expressed in the voice of the Cortes, opposed to the deeply-rooted consideration of their being the expression of the sovereign's whims.

Contrary to the customary ignorance of these laws (or their pseudonyms) during the precedent centuries, an omission that the king himself had fostered, the new political leaders demanded a zealous obedience in order to be able to put the past behind. In the 19th century, and especially during the reign of Isabella II, simultaneously with the second period, mentioned above, equating right and law²⁵ was promoted in Spain. We witness the rise of written regulations²⁶, the scientific nature of law, the bloom of its cultivators and we also see that they, and the material they work with, occupy a privileged place in society²⁷. Its showpiece, this law that imposes models of behaviour in various formats²⁸, via a legislative body that assumes the representation of society, becomes the axis

²³ Constitution of 1812: "Article 15 – The authority to make laws lies with the Cortes, together with the King. Art. 131. The competences of the Cortes are: First. To propose and decree laws, and to interpret them and to repeal them if necessary (...). On the manner to elaborate them, see Chapter VIII ("De la formación de las Leyes, y de la sanción real") of Title III ("De las Cortes").

²⁴ Sáinz Guerra, *La Administración...*, op. cit., p. 73: "From a formal point of view, the law is nothing else than the expression of the Nation's will, agreed upon by the legislative organs which are competent to do so".

²⁵ On this point, see, among others, Lorente, M., "Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica" in Scholz, J.M., *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, 1992, p. 215-298.

²⁶ P.M., "Observaciones al proyecto de ley constitutiva sobre organización de tribunales de fuero común, leído por el Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia en la sesión del Congreso de señores Diputados del día 21 de noviembre de 1853" in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 2 (1853), p. 422-438: "In these times, where reason, once broken the ties of worry that had detained it, has risen to its natural sphere; taking possession of the ideas flowing in the scientific world, reason has examined them thoroughly and meticulously, and no truth more recognized by everyone and disputed by no-one has been found in the ups and downs of controversy than the need to organize the courts in a manner which is convenient for the quick and fulfilling application of the law, a solemn manifestation of the principles of rights (...)."

²⁷ In the speech held by Salustiano Olózaga on the 5th of November of 1859 during the opening of the sessions of the Academia matritense de Jurisprudencia y Legislación (it can be seen in "De la influencia de los abogados en la suerte política de las naciones", *RGLJ* 15 (1859), p. 288-302), he pointed out that: "Of all social classes, none can be considered as essentially political as that of the lawyers; none has contributed so much to the social and political improvements that have changed the countenance of the nations, and none can and has to influence more effectively in our nation, in order for it to acquire the beliefs, customs and public virtues without which the best institutions are sterile and often harmful (...) Those who have to defend the rights, the liberty, the honour, the life of their fellow citizens before the courts in the name of the law and those who receive from the people the high mission of being legislators, have to assure their well-being, their progress, their dignity, they have to distinguish themselves mainly for their firmness of their knowledge, their sobriety in the desire to manifest this knowledge, the rise of their sentiments, the holy love for truth and justice, and, above all, the courage and energy of a superior soul who defies the dangers that their defence may cause them (...)."

²⁸ This is the 'legicentrismo' García de Enterría mentions in "Revolución Francesa...", op. cit., particularly,

on which the co-existence has to turn²⁹. It is the tool the Cortes use to set the rhythm of change in society's future, a parliament, although elected, nevertheless not representative, that took advantage of the circumstances in order to modernize society in terms of justice. The dogma of faith is replaced by the legal dogma³⁰.

Once resolved the question of the path markers - the Cortes³¹, it becomes necessary to solve the question of putting into practice the given orders, of executing the laws, a task which resided in the Government³². But this caution is not enough. We must not forget that making people obey the law may cause the surge of conflicts³³. In order to obtain signs of impartiality, some controversies must not be resolved by the members of the legislative organs or by those of the executive³⁴. And, if the law is a technical product, very well elaborated, quasi-scientific, then the arbitrators who are in charge of solving the disputes that arise from this law should have expert knowledge on the subjects they have to judge³⁵, so that they can almost automatically apply the norms, especially in the world of crime. So, confronting a specific behaviour, a concrete punishment has to be inflicted mechanically, with no room for the slightest touch of arbitrariness. In short, professio-

p. 42ff.

²⁹ On this question, see Nieto, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional*. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón, Ariel, Barcelona, 1996, in particular, p. 134ff.

³⁰ Nieto, *Estudios históricos...*, op. cit., p. 152: "Constitutionalism expresses the access to power of a class - euphemistically called 'the people'- which delimit a determined area of it for their benefit: the parliament and its product par excellence: the Law. Then the law is mystified and legitimated by the national will, and it does not know any exterior limits to itself (...)"

³¹ Nieto, *Estudios históricos...*, op. cit., p. 153: "At first glance, the constitutional system of the 19th century did, indeed, spin around the law, and through the law, Parliament secured the Executive's dependence which was subordinate to it".

³² Constitution of 1812: "Art. 16 - The King has the authority to enforce the laws. Article 170.- The King has the exclusive competence to enforce the laws and his authority extends to everything that contributes to the conservation of public order in the interior and to the security of the State in the exterior, in accordance with the Constitution and the laws. Art. 171- Apart from the prerogative that it is the King's competence to ratify the laws and to enact them, these are his main competences: First. To issue the decrees, regulations and instructions he esteems to be appropriate for the enforcement of the laws (...)"

³³ Constitution of 1812: "Art. 17- The competence to apply the laws in civil and criminal causes lies with the courts established by law".

³⁴ Constitution of 1812: "Art. 243- In no case can the Cortes or the King exercise judicial functions, present pending cases before a higher court or order to reopen already finished trials".

³⁵ See, among others, Carretero Pérez, A., "La administración de justicia desde 1808 a 1833" in *Revista de Derecho Judicial* 21 (1965), p. 159-170; by the same author, "La administración de justicia desde 1833 a 1868" in *Revista de Derecho Judicial* 22 (1965), p. 117-128; by the same author, "La administración de justicia desde 1833 a 1868 (2ª parte)" in *Revista de Derecho Judicial* 23 (1965), p. 121-135; Agúndez, A., *Historia del poder judicial en España*, Madrid, 1974; Paredes, J., *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial, 1834-1870*, Madrid, 1991; Garriga, C.; Lorente, M., Cádiz, 1812. *La Constitución jurisdiccional*, Madrid, 2007; Lorente, M. (Coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2007.

nals are required³⁶ who can fulfil a model of “a kind of justice where laws are applied”³⁷. In the words of a renowned law professional of the 19th century: “The law is a dead word, which only takes action and becomes alive in the hands of the judge; without his implication, his zeal and his surveillance nothing can be expected from a good code; useless are the ambitions of the legislators (...)”³⁸.

However, this functioning scheme, so simple on paper, had to be operative if the separation of powers was respected scrupulously. And in practice, of the three powers to be shaped, the weakest, *a priori*, was the Judiciary³⁹. Even though the fight for its re-enforcement was valiant during the first half of the century, it was not until the third period mentioned above, during the so-called “sexenio revolucionario” (revolutionary six-year period) that the first unmistakable symptoms of independence were established⁴⁰.

III. CONSTITUTIONAL RECOGNITION OF JUDICIAL INDEPENDENCE

From the juridical point of view, another essential characteristic of the 19th century is that it was the century of the constitutions *par excellence*, not so much for the entrenchment these rules have in society, but for their novelty and their elevated numbers. Regardless of the differing opinions existing on them and of their significance, there's no doubt that so much persistence in elaborating constitutional texts reveals doubtlessly that the political agenda of the time considered them to be a key piece for the country's co-existence⁴¹. It is true that on several occasions, as the doctrine constantly points out,

³⁶ Who, on the other hand, did not consolidate their status until much later. Whereas in theory the question was very clear, as wrote Torres Campos, M., *Cómo se administra justicia*, Madrid, Librería Universal, 1881, p. 5: “The administration of justice means the existence of the Courts, equipped with competent personnel and placed in advantageous conditions in order to fulfil their tasks. The only conditions to be taken into account have to be exclusively that of aptitude and scientific merits, organizing a veritable career”; the practical part was not so clear, as De Casas y Moral, A. Indicates in “Indicaciones sobre el personal de la administración de justicia” in RGLJ 8 (1856), p. 475-481: “It is very deplorable that, when, with our political and social changes, the fame and the consideration of the staff at several faculty careers of the State is growing, the one, however, which evidently needs more of this consideration, the one who had and preserved it over long centuries, the one whose maintenance and growth is most convenient for society, and the one that seems to be more in need for protection against politics, as is doubtlessly the administration of justice, is unfortunately the most mistreated and declined (...)”.

³⁷ Clavero, B., “La gran innovación: Justicia de Estado y Derecho de Constitución” in Scholz, J.M., *El tercer poder...*, op. cit., p. 171.

³⁸ Miquel y Rubert, I., “De la magistratura y del ministerio fiscal”, RGLJ 3 (1854), p. 306-317.

³⁹ Constitution of 1812: “Art. 245- The courts cannot exercise any other functions than those of judging and making the sentences carried out”.

⁴⁰ So, immediately after the new revolutionary government was formed (9th of October of 1868), and before the end of the year, rules appeared, like the Decree of October 16, on the administrative jurisdiction that resided in the Supreme Court, of November 2, in order to include at this same site the Court of Military Orders, November 7, regarding the renovation of the justices of the peace or of December 6, establishing the unity of special privileges. Of course, its work does not end here, another huge lot of legal provisions was approved, being perhaps the most outstanding the Penal Code (18th of June of 1870) as well as the temporary Law on the organization of the Judiciary (15th of September of 1870).

⁴¹ A good overview of this topic can be found in Aparicio, *El status...*, op. cit., particularly, p. 63-138.

instead of a generic normative framework that established the rules of the game, considering different ideological tendencies, they seemed to be party programmes.

In this respect, the regulation of the world of courts is particularly representative. Even though this question has been treated exhaustively by historiography⁴², it is convenient to keep an eye on the attention each of them pays to it, albeit superficially. For the constitution of 1812, this question becomes essential, since among its indispensable goals is the radical transformation of justice. For this reason, title V (“De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal” - about the courts and the administration of justice in civil and criminal matters) is dedicated to this issue, with altogether 67 articles. Since the fathers of the Constitution started from the premise of the separation of powers (art. 15, 16 and 17), they may not have it esteemed necessary to emphasize this in the heading. The Estatuto Real, the Royal Statute of 1834, as basic as it is controversial, simply ignores the question. The Constitution of 1837, however, conscious of its importance, dedicates title X to it, admittedly with fewer articles than the one of 1812, but with a significant novelty: the heading is *Del poder judicial* - About the Judiciary. This is quite a declaration of principles which did not pass unnoticed by its successor, the Constitution of 1845, which, utterly respecting the content of its only six articles changed its name for the heading *De la administración de la justicia* - About the administration of justice. The Constitution of 1869, on the other hand, takes up the formula used in the one of 1837: *Del Poder Judicial*- About the Judiciary⁴³, until, finally, the one of 1876 recovers the heading of the one of 1845: *De la administración de justicia* - About the administration of justice⁴⁴. In short, unlike the constitutional concordance, at least formally, which may exist in basic questions such as justice being dispensed in the name of the King, courts being exclusively competent to apply the law in civil and criminal trials or trials on criminal matters being public, for example, there is no such concordance in the important consideration of the Judiciary being an independent power or not, something that obviously affects its possible subjection under the other powers, particularly the Executive⁴⁵.

⁴² With no claim to be complete, only pointing out those writings which may be useful for this work, it is recommended to consult Pareja Alarcón, F., “Independencia que conviene a la justicia aún en la esfera gubernativa”, *El Faro Nacional* 15th of September of 1863, p. 9; Torres Campos, M., *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política*, Madrid, 1883; Sevilla Andrés, D, *Constituciones y otras leyes o proyectos políticos de España*, I, Madrid, 1969; González Escribano, J.I., “El poder judicial a través de las Constituciones españolas hasta el año 1870” in *Revista de Derecho Judicial* (1970), p. 42-59; Bravo Murillo, J., *Política y administración en la España isabelina*, Madrid, 1972; Romero Moreno, J.M., *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid, 1983; Tomás Villarroja, J., *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1990; Puy Muñoz, F. (Coord), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela, 2002; Varela Suanzes-Carpegna, J., *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, 2007.

⁴³ Title VII with 8 articles.

⁴⁴ Title IX with 8 articles.

⁴⁵ Torres Campos, *Cómo se administra...*, op. cit., p. 7-8: “There is no doubt about the predominance of the administrative power over the judicial power. It is in charge of the appointment, the transfer and the release of the civil servants in the Judiciary. Of course there may be many ministers who behave with dignity; however, there may also be others who try to influence in the judgement of certain matters with these

In fact, in the 19th century there were incessant lamentations why the possibility of considering the Judiciary as an independent power was not taken seriously. And they did not refer only to a simple explicit recognition of the constitutional text of the time⁴⁶, but, above all, they wondered why it was not put into practice, once taken care of the prerequisite. Let's use the words of the acknowledged jurist Gómez Becerra⁴⁷, who, reports the unsure course of Justice, despite the fact that the Constitution of 1837 - in force at that moment - had taken firm position on this point: "This is not the kind of judicial power the Constitution wants, because it is not independent and, since it lacks this essential quality, it is not a veritable political power. Depriving the judicial power from its essential characteristics the Constitution has given it, is a continuous and permanent violation of the Constitution itself and of the promise to observe it and make it being observed, a promise made time and again with the religious seal of the oath. This leads to its notorious usurpation by the executive power and if there are not absolutely two remaining powers, instead of the three the Constitution establishes, at least one has grown, at the cost of the other and they have destroyed the levels and the divisionary lines"⁴⁸.

However, listening to the speech Pedro Gómez de la Serna, at that time President of the Supreme Court of Justice, held on the occasion of the opening of the Courts on the 15th of September 1869, we see that thirty years later, things have not changed much, he still keeps lamenting that: "Some publicists only recognize that two powers are necessary or, if you prefer, two manifestations of power in the constitution of the peoples: the legislative that creates the laws by which society has to guide itself, and the executive which watches over its fulfilment: the first is the head, the thoughts which direct; the second is the action, the arm that executes (...) In the eyes of those who think this way, the legal system

means, and even those who put the position for sale. The Ministry of Grace and Justice, which in reality is in charge of the judicial power, since its organization depends on the Ministry, may fall into the hands of suitable persons (...)"

⁴⁶ Some try to put justice into its just place, even avoiding the semantic question, as is the case of Bravo, E., *De la administración de justicia*, Madrid, 1864, p. 126-127: "(...) all this means that the administration of justice is a power and in order to call it this way it is not necessary to leave the field of existing legality, because, although it is true that the Constitution in force does not give it the name of judicial power, there is no doubt that it has not in the least diminished the competences the Constitution of 1812 conferred to it, and the name does not really matter when the essence is the same".

⁴⁷ He is obviously not the only one. So, for example, Hernández de la Rúa took advantage of the political situation where a new constitutional text was debated, replacing the one of 1845, still in force, and published an article in the *Boletín de Jurisprudencia y Administración* that openly claimed that the expression 'legal system' means that it is not recognized that the Courts of Justice are a different power from the executive. And this, in his opinion, is something very serious, since "the administration of justice is the most powerful element which leads to the fulfilment of the goal of men's association, because, even though societies can survive some time without a Government, when the administration of justice is only missing only one moment, then the social building collapses (...)". The repercussion of this article made the directors of the *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* reproduce it entirely in its number 6 (1855) with the title 'El poder judicial'. See, furthermore, his *Lecciones de Derecho español*, I, Madrid, Imprenta de Salvador Albert, 1838 and *Lecciones de práctica forense*, III, Madrid, Imprenta de Salvador Albert, 1841.

⁴⁸ Gómez Becerra, A., *Observaciones sobre el estado del poder judicial en España*, Madrid, Imprenta del Colegio nacional de sordo-mudos, 1839, p. 58-59: "(...) We have painted a sad and dull picture, for sure, but unfortunately also simple and true, of the state of the Judicial Power in Spain (...)".

is only a dismantlement of the executive power in order to help its action in certain cases, it is not a veritable power, it has neither life nor action of its own (...) In my opinion, these assessments are not accurate (...)”⁴⁹.

And so it was, they weren’t accurate, since the Constitution of 1869⁵⁰, together with the legislation derived from it, and particularly the constitutional law on the judicial power of 1870, radically turned around the situation; they lay the groundwork for the Judiciary to set off on the way it befitted and longed for so strongly. As Fernández Segado⁵¹ points out on the subject of this constitutional text “(...) for the first time, the Judicial Power will be strengthened considerably. It will be tried to give it the independence and part of irresponsibility a veritable power necessarily is entitled to. Judicial independence is achieved in two ways: the first, a negative one, destroying the administrative system Isabella II’s ministers had outlined, and the second, of a positive nature, reorganizing the Judiciary”⁵². However, as Serván⁵³ points out, despite the good intentions when restructuring the latter, it did not manage to free itself from the guardianship of the executive: “In the Constitution of 1869’s definition of powers there is no room for conjunctions. The Legislature, the Executive and the Judiciary are enunciated without intersections, at least with regard to the attribution of their functions. The principle of judicial independence was therefore understood as one of the major improvements that the constitutional text brought to the legal practice. This independence had to be operative, not only in the area of their competences, but particularly, in the area of the organization of the Judiciary. The former is underlined with the requisite of exclusivity of the attribution of legal authority; the latter, however, was qualified and moderated, since the Executive’s participation is maintained (...)”. In that same line, Sobremonte⁵⁴ emphasizes that the organization of the courts itself, established by the brand-new constitutional law of the Judiciary in 1870, when applying the law, at least in some concrete cases⁵⁵, allows the executive to do what the courts have no authority to do.

⁴⁹ “Del poder judicial, de sus relaciones con los demás poderes y de las condiciones o deberes de los que lo ejercen” in RGLJ 35 (1869), p. 145-162.

⁵⁰ See Pérez Ledesma, M., V. La constitución de 1869, in the collection Artola, M. (dir.), Las Constituciones españolas, Madrid, 2010, p. 103ff.

⁵¹ Fernández Segado, Las constituciones históricas..., op. cit., p. 317.

⁵² He echoes the words of Carro Martínez, La constitución..., op. cit., p. 136.

⁵³ Serván, C., “Configuraciones y desconfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869” in Lorente, M. (Coord.), De justicia..., op. cit., p. 373.

⁵⁴ Sobremonte Martínez, J. E., Indultos y amnistía, Valencia, 1980, p. 241-242.

⁵⁵ For example, in the case of pardons he says: “In order to understand the judicial function exercised by the Executive, although extenuated, the Spanish Courts’ layout for applying the law has to be taken into account; since it is a heir of Montesquieu’s concept, according to which the Judge is the ‘Bouche que prononce les paroles de la loi’, or, ‘êtres inanimés qui ne peuvent modérer ni la force ni la rigueur de la loi’, which matches the Constitutional Law on the Judicial Power’s definition, also dictated in 1870, and inspired in the same principles. According to this concession, those things the Courts are not allowed to do, are conceded to the Executive, which then applies the ‘rights’ or, to be more concrete, a ‘principle of justice’ that must be defined as the principle of co-existence of those things the strict application of positive law does not have as a consequence – the social qualification – that is, a major harm than the one that would be caused if the verdict would not be carried out or softened. In this way the Executive re-

IV. SOME CONCRETE CASES

1. The mayors as judges⁵⁶

Contrary to the complex judicial model of the Ancien Régime, full of confusion and arbitrariness, where a great number of jurisdictions were juxtaposed, where privileged private persons, royal officers, judges and courts competed with each other trying to impose a justice at the service of the absolute power of the monarch, the modernizing reference value of the 19th century, i.e. the Constitution of 1812, proposes a much more simple standard. Under the main premise of serving the citizens, a pyramidal structure is sketched, sustained by three fundamental elements: the judges of the first instance who have to sentence those trials which are held in the territory of their respective jurisdiction; the audiencias or courts consisting of several judges or magistrates whose priority mission is examining in the second instance the decisions of the inferior one; and, finally, a supreme court of justice with jurisdiction over the whole of the national territory, and whose main objective is to guarantee the possibility of a last revision of the judicial decision, at the same time as it has to watch over the correct functioning of all the inferior courts.

Its article 257 informed that justice had to be dispensed in the name of the King. However, this constitutional precaution did not mean that the monarch could arbitrarily appoint its main protagonists because at an earlier point⁵⁷, it was made very clear that it was the Council of State's task to do the preliminary work, that is, to present a list of three candidates among which the King now could choose the person who was to occupy the judicial position in question. The see-saw movements of the political circumstances which accompanied the period of validity of the text elaborated in Cadiz were the reason that the participation of the Council of State in the longed-for vast renovation did not measure up to the expectations⁵⁸. On quite a few occasions it was doomed to turn to former members of the absolutist political-judicial apparatus, turning its back to its own ideal model of justice it was aiming for. But at least, in some way it conditioned the royal decisions.

The Royal Statute, and in particular, the Constitutions of 1837 and 1845⁵⁹ ignored this institution and gave the King the green light to assume the responsibility for their nomination, without any formal restriction. This proceeding was modified with the enactment of the Law of August 17, 1860, on the organization and competences of the Coun-

serves one of the most excellent functions of power for itself, the one of dispensing justice, do the right thing, take the most convenient step in every concrete case".

⁵⁶ On this question, see Morales Payán, M.A., "Los alcaldes al servicio de la justicia decimonónica: una propuesta discutida" in Czeguhn, I.; Sánchez Aranda, A., *Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts*, Regensburg, 2011, p., 43-60.

⁵⁷ Art. 237.

⁵⁸ On this question, see Gómez Rivero, R., *El primer Consejo de Estado constitucional, 1812-1814*, Madrid, 2012. See also his monographs on *Los jueces del Trienio Liberal*, Madrid, 2006 and *Los magistrados del primer constitucionalismo*, Madrid, 2008.

⁵⁹ Sáinz Guerra, *La Administración...*, op. cit., p. 251ff.

cil of State⁶⁰. Specifically, its article 45 ordered that it “had to be heard, necessarily and in the body (...) 14. About the appointment of magistrates and judges (...) according to what the judicial organization or other provisions determine”. This is certainly a restrictive model, with an omnipresent King that was confirmed on a constitutional level by the text of 1869, establishing its article 94 that the King appoints the judges and magistrates. Simultaneously it requested that the proposals were made by the Council of State, in accordance with a future constitutional law on courts, and also, that entering the legal career were only possible after passing an entrance exam. Paradoxically, however, it allows up to a “quarter of the magistrates of the Audiencias and the Supreme Court” to be appointed by the King, “without being bound to what is established in the previous paragraph, nor to the general rules of the constitutional law on the Courts; but always after hearing the Council of State and within the categories the afore-mentioned law establishes for these cases”.

As Sáinz Guerra⁶¹ reminds, this transfer of powers in the frame of an unmistakably progressive text, was strange, to put it mildly, therefore it had to be corrected at top speed with the Decree of July 3 that same year. However, the latter only was a transfer of protagonism, now it was task of the Ministry of Grace and Justice. The resulting protests were so impacting that only twelve days later this Decree also had to be repealed. In this context of uncertainty but firm convictions, the Law of September 15, 1870, on the organization of the judicial power, is enacted, which, despite its temporariness, established a normative frame that was valid for over a century. One of its fundamental contributions was that of the creation of a body of applicants to the Judiciary which, after passing a series of demands and requirements⁶² were to provide the courts with professional judges.

The draft of a federal Constitution of 1873 also established a judicial model supported by three basic mainstays: district courts, Audiencias and Federal Supreme Court. The latter was to be formed by three magistrates for each of the States of the Federation, whereas in the first two the judges were to be appointed after passing a “state exam to be realized before the Audiencias of the respective States”. Precisely these Audiencias were to consist of “district judges promoted to magistrates in a public and solemn competition”. Alongside these professional magistrates each borough was intended to have courts “directly appointed by the people” whose mission was to be to correct misdemeanour, celebrate oral trials and acts of conciliation. Somehow, the spirit of the Constitution of 1812 was recovered. Apart from the means of a jury, a way was prepared to bring justice closer to the citizens, however, instead of assigning these functions to the mayors, they were given to some novel popular courts. Perhaps the bad experience made with the participation of the former in the administration of justice was the reason for choosing a new way instead of repeating the attempt.

⁶⁰ The R.D. of the 14th of July of 1858 had established that the Royal Council, existing until that moment, was to be called Council of State from then on (art. 1).

⁶¹ Sáinz Guerra, *La Administración...*, op. cit., p. 259.

⁶² As there are age (23 years), qualification (“Graduate in civil Law by a University financed by the State”) or aptitude (passing an “aptitude test”).

We must not forget that the imposition of the project from Cádiz at the beginning of the century entailed the elimination of a figure with clear medieval roots and an extraordinary benefit for the absolute monarchy. Obviously, we refer to the institution of the *corregidor*. Originally, he was a royal clerk, introduced progressively, beginning in the second half of the 14th century, in different councils of the kingdom, with a twofold task: acting as the monarch's ears and spokesman, with sufficient authority and means to put the sovereign's wishes into practice. Such deep confidence translated into a broad liberty of action; from participating in strictly military tasks to interfering in the tax collection, the maintenance of public order or his presence in the council meetings, among other important questions. But apart from this, and for the benefit of this work, it has to be emphasized that, above all, he had jurisdiction. He was a judge⁶³. This was precisely the perfect excuse for introducing a figure that until that moment was unknown in the Castilian institutional panorama, thus avoiding the initial rejection of the councils that sensed the danger this could mean for their local autonomy. The *corregidor* had to keep watch that justice prevailed, that it did not suffer any "minguamiento" - diminishment⁶⁴.

As time went by, the figure was definitely consolidated, being the reign of the Catholic Monarchs decisive for this consolidation in the grand councils of the kingdom. He was the person in charge of the administration of civil and criminal justice in the first instance, as well as in the second instance, revising the decisions of the local judges of the small boroughs and villages, apart from taking care of avoiding possible abuses of the lordly and ecclesiastical judges⁶⁵. As González Alonso⁶⁶ synthesizes so splendidly, "thanks to the installation of an increasingly thick net of *corregimientos* - 54 in 1494; 68 in 1597 and 1610 - the monarchy definitely recovers the control of local justice after two centuries of struggle".

The intended disappearance of this royal servant for the sake of the Constitution of 1812, a great part of whose tasks a new figure, the constitutional mayor, should occupy, was not an obstacle for the constitutionalists to decide that he had to participate in some form in the jurisdictional tasks, even though they had to betray to some degree one of their most outstanding demands: the strict separation of powers⁶⁷. It was tried to avo-

⁶³ Tomás y Valiente, "De la administración de justicia...", op. cit., p.13: "This text by Castillo de Bobadilla in a beautiful baroque language synthesizes a series of the time's key ideas. The first one is the lack of definition and differentiation of the figures of the *corregidor* and the judge. The *corregidor*, man of the government in the towns and districts at the same time is judge (...)"

⁶⁴ See, among others, Albi, F., *El corregidor en el municipio español bajo la monarquía absoluta. Ensayo histórico-crítico*, Madrid, 1943; González Alonso, B., *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970; Bermúdez Aznar, A., *El corregidor en Castilla durante la Edad Media (1348-1474)*, Murcia, 1974.

⁶⁵ Tomás y Valiente, "De la administración de justicia...", op. cit., p. 13, underlines exactly this "lack of definition and differentiation of the figures of the *corregidor* and the judge".

⁶⁶ "La justicia...", op. cit., p. 388.

⁶⁷ See, among others, De Castro, C., *La revolución liberal y los municipios españoles: 1812-1868*, Madrid, 1979; Viñes Millet, C., *El municipio en España. Su evolución histórica*, Granada, 1995; Orduña Rebollo, E., *Historia del municipalismo español*, Madrid, 2005; Gay Armenteros, J., *Política y administración en los comienzos de la España contemporánea*, Granada, 2007.

id this question somehow, considering that justice on a local level “was to some degree outside the administration of justice”, as Sáinz Guerra points out⁶⁸.

The regulations on the mayors and the town halls could be found in the constitutional text of 1812 in Title VI, with the significant heading: “About the interior government of the provinces and the villages”⁶⁹. In this sense, as deputy of a government, although local, they used to be identified with the executive power. As a matter of fact, they were qualified government agents⁷⁰. But in addition to the corresponding competences in matters of government and administration, they were given jurisdictional competences, even though these were quite restricted. Article 275⁷¹ provided the establishment of mayors in all villages, whose competences were determined by laws, “in disputes as well as in economic matters”. Oddly enough, this article was approved without discussion, only with “some mild reflections on the word disputes”⁷².

So, on the one hand there were the judges and magistrates who personified the third power and had to be appointed by the King after a more or less rigorous selection process by the Royal Council, and the judge-mayors with a certain capacity to dispense justice who were elected periodically by the citizens and furthermore controlled by the central executive power.

Perhaps because the politicians of the time were attracted by the idea of not losing control of local justice⁷³, maybe, as years later one of the most outstanding jurists of the 19th century, Gómez de la Serna⁷⁴, explained, because in reality there was a progressive reduc-

⁶⁸ Sáinz Guerra, *La Administración...*, op. cit., p. 252.

⁶⁹ Together with these regulations of constitutional rank, a series of norms appear for their realization, as there are the Decree CCI, October 9th, 1812 (Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia), the Decree CCXLIV, March 24th, 1813 (Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos) and the Decree LV, March 13th, 1814 (Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia); rules to which later others were added as the Instrucción para dirimir las competencias de jurisdicción entre las autoridades judiciales, April 19th, 1813, Decretos de 11 de agosto de 1820, Ley de 3 de junio de 1821 and Instrucción para el gobierno económico político de las provincias, February 3rd, 1823 (legal provisions that were re-established on August 30th, 1836, at the same time as the constitutional text was recovered).

⁷⁰ Art. 309: “For the domestic government of the villages, there will be town halls consisting of a mayor or mayors (...).” Art. 323: “The town halls will carry out all these orders under the inspection of the Diputación provincial (...).” Art. 324: “The political government in the provinces will be task of the provincial governor who will be appointed by the King (...).” Art. 325: “In each province there will be a delegation called provincial (...) presided by the provincial governor”.

⁷¹ Included in Title V: “De los tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y criminal”.

⁷² That’s how Montero Aroca, J., “La justicia municipal” remembers it in *Revista de Derecho Judicial*, XIII, no. 51-52 (1972), p. 87. As Guerra, points out in *La Administración...*, op. cit., p. 252, points out that it was so despite that its presence was disturbing, since it was “a contradictory element in the judicial organization that was being created at that moment”.

⁷³ Fonseca, M., “Justicia municipal” in *RGLJ* 76 (1890), p. 171: “These two Royal provisions suffer from the defect I have been complaining about, that is, treating the judges as someone equal to or even depending from the mayors (...), this was due to two reasons which influence a lot in people from all countries, but exercise a predominance in the Spanish people that is hard to break; these are the indomitable attachment to old habits and wanting to preserve, in the sphere of the government, all principles of authority that dominates or subjugates those who are in charge of exercising them on inferior levels or degrees”.

⁷⁴ Gómez de la Serna, P., “De los jueces de paz” in *RGLJ* 9 (1857), p. 111: “(...) It is true that first they were

tion of the mayors' judicial competences⁷⁵, the fact remains that the approach of 1812 became a reality, not in an discontinuous way, following the see-saw movements of the constitutional text, but in a more permanent way, after the disappearance of Ferdinand VII from the political scenery⁷⁶. So, a short time after his death, in the middle of the vortex of transforming the world of the courts⁷⁷, the Real decreto de 26 de septiembre de 1835, Reglamento para la administración de justicia en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria – the Royal Decree dated September 26, 1835, Regulations for the administration of justice with regard to ordinary justice, is published which consolidates the initiative from Cádiz by prescribing in its articles that “the mayors and substitute mayors are furthermore ordinary judges in their respective villages (...)”⁷⁸.

The criticisms for having taken the decision in favour of the collaboration, or interference – depending on the point of view –, of the local authorities⁷⁹ in judicial matters were constant during the 19th century and did not disappear until their unavoidable expulsion from the stage of justice. The first disapprovals came precisely from the learned justice during the Trienio Liberal – the Liberal Triennium, once resumed the constitutional political leadership denied by the Bourbon king after the return from his captivity on French soil. In this scenery we may quote the example of the Audiencia de Granada⁸⁰

made Justices of the Peace and afterwards conciliation judges; but these functions were not really judicial, because more than deciding the individual differences with their authority, the mayors had to try to reconcile the parties and to influence them so that by a mere transaction lawsuits can be avoided”.

⁷⁵ It must not be forgotten that authors like Vizcaíno Pérez, V., in his *Tratado de la jurisdicción ordinaria para la dirección y guía de los alcaldes de los pueblos de España*, Madrid, 1802, taught that a mayor was “that person to whom the one who has authority to appoint him, designates the office of judge of the village or villages for which he confers jurisdiction”. Remembering also that it was an “Arab term, derived from the word *Cadí*, which in Spanish equals a Judge or Governor of some places (...)”. Escriche, J., in his magnificent *Diccionario de legislación* (edition of 1847), on the subject of the word ‘alcaldes’ (mayors), also insists on an origin linked to justice: “Arab term, meaning judge”.

⁷⁶ On this question, see, among others, Martínez Pérez, F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo (1810-1823)*, Madrid, 1999, particularly p. 430ff. In this sense he defends that: “(...) The strange thing was not so much conferring a judge's tasks to the mayor, but the fact that it was planned for him to dedicate his time to the new competences regarding the police, the government and the administration of the villages”.

⁷⁷ With legal provisions during 1834, as the R.D. of January 26th, the Decrees of March 24th, the R.D. of April 21st or the R.D. of July 15th.

⁷⁸ Art. 31

⁷⁹ Rico y Amat, J., *Diccionario de los políticos*, ed. by D. Sevilla Andrés and M. Martínez Sospedra, Valencia, 2002, comments on the figure of the judge-mayor that he is a: “Puppet that is whirled around all over. The governor of the province turns it to the west; the administrator of contributions to the east; the town hall, or to be correct, the interests of its residents push him looking to the north and his opinion and conscience, on rare occasions place him facing south (...)”.

⁸⁰ By virtue of the Decree of October 9th, 1812, Reglamento de Audiencias y Juzgados, the Chancillería of Granada (as well as that of Valladolid) had to become an Audiencia. Its jurisdiction extended over a territory that covered the provinces of Granada (including what today are the provinces of Malaga and Almeria), Jaen, Cordova and Murcia, and was equipped with a head, twelve court officials and two prosecutors in order to perform its duties. It was divided into three chambers, two for civil cases and one for criminal cases, each made up of four officials. The R. D. of May 4, 1814 and in particular, the R. C. of June 25, 1814 interrupted its development when it re-established the old Chancillerías, which then, by the Decree of March 14, 1820 would become once more Audiencias.

which in 1821⁸¹ was asked to write a report on what in its opinion were the obstacles that affected exceedingly the normal functioning of the administration of justice⁸². The thorough and meticulous report that was prepared for the purpose⁸³ pointed to several, very diverse causes: from obstacles of the technical-legislative kind in the procedural area to lack of material and personnel. The most outstanding feature, however, was the constant complaint of the stumbling block that was the figure of the judge-mayor.

The world of lawyers also raised many voices of protest. Jurists like Manresa y Navarro⁸⁴, Pedro I. Miquel⁸⁵ or Gómez de la Serna⁸⁶, just to mention some from a long list, reported, among other absurdities, the lack of preparation of these mayors, the connivance they were prone to, the intervention of their political fights in the performance of their activities, the constant disputes for jurisdiction or the lack of guarantees of their impartiality⁸⁷.

It was not until the introduction of the figure of the justices of the peace and the enactment of the Code of Civil Procedure on the 5th of October, 1855 that this inconveni-

⁸¹ On this question, see Morales Payán, M.A., “Recomendaciones de la Audiencia de Granada para la mejora de la Administración de Justicia: el informe de 1822”, in Czeguhn, I.; Pérez Juan, J.A., *Reflexiones sobre la Justicia en Europa durante la primera mitad del siglo XIX*, Alicante, 2010, p. 123- 142.

⁸² It came from the Secretariat of Grace and Justice, whose office-bearer, Vicente Cano Manuel, had been head of the Chancillería of Granada for a long time. It urges them to inquire “the obstacles which slow down the course of Justice in the district over which stretches your jurisdiction, those that can be found in the laws themselves, as well as those that lie in the persons in charge of their execution and fulfilment, or in the way of conducting the legal proceedings or in any of the moral and political causes that usually contribute to public misery or happiness”.

⁸³ ARCG (Archive of the Real Chancillería of Granada), dossier 65, box 4414.

⁸⁴ “¿Quién debe sustituir a los jueces de primera instancia en casos de ausencia o impedimento, o de vacante de juzgado?” in RGLJ 7 (1855), p. 304-309. When faced with the absence of a judge, whilst the audiencia does not appoint a substitute, the judge-mayor will be in charge of the court, or, in his absence, the most experienced lawyer of the administrative area and for him, “the consequences of this are deplorable. In both cases justice is administered by someone lacking the capacity to do so, someone who has no jurisdiction, by an incompetent person, by an intruder who claims to be judge without being one (...)”.

⁸⁵ “Observaciones sobre el proyecto de arreglo de tribunales, redactado por el Ilmo. Sr. D. Manuel García Gallardo” in RGLJ 4 (1854), p. 7-34: “(...) indeed we lament that these people, depending from administration, exercise even the most insignificant judicial duties because, generally speaking, they lack the necessary knowledge and they are not free from inadequate passions. Normally they are in touch with their fellow neighbours since childhood, so they have grown in their hearts feelings of kinship and friendship; they have felt the battle of rivalry and hatred; they have drunk from the district’s fountains the poison of partiality and injustice (...) We will always demand that the mayors have as few judicial competences as possible; they frighten us, the mayors as judges (...)”.

⁸⁶ “De los jueces de paz” in RGLJ 9 (1857), p. 101-117: “(...) with it – alluding to the institution of the Justices of the peace – everything with regard to civil affairs is put into practice, the separation of the civil servants from the administration and the legal system (...)”.

⁸⁷ P.M., “Observaciones al proyecto...” op. cit., p. 422-438: “About the powers conceded to the mayors and his substitutes as village judges, we can only say that in each of his actions a judge decides about the interest, the honour and even the life of men, therefore, in order to fulfil his sublime mission properly, it is necessary that he places himself above the vulgar weaknesses, so that the coarse onslaught of passion does not reach him; and unfortunately in many villages the mayors and their substitutes are the personification of passion, since in the fight of the factions they have drunk the poison of rivalry and hatred (...)”.

ent intervention of the mayors in the civil sphere⁸⁸ was finished, whereas in the criminal area⁸⁹ it was the Law on the Organization of the Judiciary of September 15, 1870 and the Code on Criminal Procedure of December 2, 1872 which put an end to their long career in the world of justice⁹⁰, thus liberating the third power from an important source of fateful interference. Justices of the peace were transformed into municipal judges who excluded definitely the participation of the mayors, and therefore that of a political power, in the day-to-day work of justice, winning one of the many battles in order to guarantee their much longed-for independence.

2. The Senate as a court

The fact that such a genuinely political institution as the Senate dispenses justice is conspicuous⁹¹, to put it mildly. Especially so, when the principle of separation of powers inherited from the French Revolution is an indispensable aspiration in most of the constitutions in the 19th century. However, as Coronas points out, the highest achievement is that in general it can “be said that during the moderate periods its judicial competences were increased and developed and the progressives reduced them”⁹².

It was a hard fight between expansion and reduction where its acceptance is not doubted in the least, during practically the whole of the century. In this sense, the Bayonne Statute of 1808, in favour of eliminating special courts, admitted, however, a so-called

⁸⁸ However, it is necessary to specify that the beginning of the Justices of the peace was turbulent, as stated by Montero Aroca, “La justicia municipal...”, *op. cit.*, p. 99. Due to a series of political considerations its initial steps were a fiasco. So, the R.D. of October 22, 1855 and the R.O. of November 12 of that same year, gave a certain dependency from the mayors to the Justices of the Peace; shortly afterwards, the R.O. of January 2, 1856 leaves the appointment of the Justices of the Peace without effect and entrusts the resolution of all those matters to the mayors which, according to the Criminal Procedure Code, the former had to resolve, a task from which they were removed by a new R.D. of November 28 of that same year, which organized once more the courts of peace and the appointments of their judges. Despite this re-appearance the R.D. of October 22, 1858 disposed that the mayors were the substitutes of the Justices of the Peace.

⁸⁹ Speech held by Eugenio Montero Ríos as Minister of Grace and Justice in the solemn opening of the Courts on September 15, 1870: “Despite the novelties introduced since 1835, with the aim of separating justice from the administration, the Mayors have conserved their character of legal officers until today (...)” (in “Breves indicaciones acerca de las nuevas leyes relativas al Derecho penal y organización del poder judicial. Idea sobre la alta misión del Magistrado”, *RGLJ* 37 (1870), p. 241-250).

⁹⁰ In the meantime, several provisions tried to throw some light on the organizational chaos that had been created, e.g. the R.D. of April 21, 1834, ordering the ordinary mayors of all villages to stop exercising judicial power; the R.D. of June 23, 1835 which enabled them to decide in civil lawsuits whose disputed sum did not exceed 200 Reales; the temporary regulations for the administration of Justice of September 26, 1835 extended their competences; the R.O. of July 1, 1848 cleared up doubts about the meaning of rule number 3 of the temporary law for the application of the Penal Code; the R.O. of October 28, 1848 established that the mayors and their substitutes in the administrative centre could decide in oral trials in matters where the disputed sum did not exceed 200 Reales; the R.D. of June 4, 1848 settling the competences of jurisdiction and the authorities among the judicial and administrative authorities; or the R.D. of September 26, 1851 on the mayor's and their substitute's exercise of jurisdiction.

⁹¹ See Bertelsen Respetto, R., *El Senado en España*, Madrid, 1974, particularly p. 89, 90, 180, 279, 409 and 461.

⁹² Coronas González, S.M., “El Senado como tribunal de justicia” in *AAVV, Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1983, p. 159.

Royal High Court, one of whose tasks, maybe its main task⁹³, was to try those “personal misdemeanours committed by the members of the Royal Family, the ministers, the senators and the members of the Council of State”⁹⁴. Consisting of senators (the eight most senior ones), presidents of the sections of the Council of State (six of them) and the president and the two vice-presidents of the Royal Council⁹⁵, what meant an affiliation that had little to nothing to do with the Judiciary. And, as Coronas stresses, “even though this court cannot be pointed out as a clear precedent of the Senate’s jurisdiction, it is possible to notice here a certain configuration of its ulterior development, inasmuch as it not only tried the misdemeanours committed by senators but it also had a preponderantly senatorial composition”⁹⁶.

The Constitution of 1812 does not consider the figure of the Senate, it does, however, admit a Parliamentary Court with the mission to judge those members of Parliament involved in criminal cases⁹⁷. If a Parliamentarian committed a crime, of course he had to answer to it as any other citizen. However, it was not the ordinary criminal jurisdiction that would persecute him, since this way could be used to diminish the independence of a legislator⁹⁸. A privileged jurisdiction, alien to the third power, is established. In this sense, Tomás Villarroya’s warning has to be taken into account: “(...) the Cortes, firm in their popular origin and based in the liberal element, forced by the revolutionary process, will frequently intervene in matters belonging to the Executive and the Judiciary, breaking the principle of the division of powers and violating the spirit and even the letters of the Constitution itself”⁹⁹. In this line, process precautions for the Secretaries of the State were also planned. With the argument of minimizing any possible interference in their task, only the Supreme Court of Justice could initiate legal proceedings against them. And, beforehand, the Cortes had to authorize this with a decree¹⁰⁰.

Revising the rest of the constitutional (or pseudo-constitutional) texts, even though only superficially, we have to continue with the Royal Statute, which in this question is indifferent. It does not manifest anything expressly, only that for everything regarding the interior regulations and the way of discussing of the *Estamento de Procuradores* (the Lower House) and the *Estamento de Próceres* (Upper House) future regulations would take care of that¹⁰¹. These provisions were approved three months after the coming into force of the first (15th of July, 1834). Even though both included the general principle that the Houses could not exercise any kind of judicial competence, exceptions were

⁹³ Art. 111 established that a law “proposed after the King’s order, deliberated and approved by the Cortes will determine the rest of the Royal High Court’s competences and way of proceeding”.

⁹⁴ Art. 108.

⁹⁵ Art. 110.

⁹⁶ Coronas, “El Senado...”, op. cit., p. 160.

⁹⁷ Art. 128.

⁹⁸ The planned Parliamentary Court was to be detailed in a future regulation on the internal governance of the legislative body.

⁹⁹ Tomás Villarroya, *Breve historia...*, op. cit., p. 21.

¹⁰⁰ Art. 228 and 229.

¹⁰¹ Art. 11 and 23.

established. The number of these was so high that it undermined the idea of an exclusive intervention in order to maintain the independence of the different powers. The clearest example was the possibility of prosecuting any person who had attacked the House of one of its members. The undervaluation of the Judiciary is unquestionable.

The Constitution of 1837 chooses to establish a notable restriction of the existing practice. For Coronas, the influence of the Constitution of 1812 is decisive in the “drastic reduction of the Senate’s judicial competences”¹⁰² that now is taking place. However, a decrease is not the same as a disappearance, since the possibility of the Senate’s dispensing justice is expressly recognized - specifically, when a minister is accused by Congress¹⁰³. On the basis of this continued existence, even though rickety, the openly conservative text of 1845 brought about a notable increase in the intrusion in the judicial sphere to such a point that, as Bertelsen¹⁰⁴ points out, never in Spanish constitutional history did the Senate have as many judicial competences as it did under this constitutional rule. Apart from the afore-mentioned case, the Senate had to judge the serious crimes against the person or the dignity of the King or against the State’s security in accordance with the legal dispositions, in addition to judging the “individuals from their midst”, also as determined by those¹⁰⁵. Only a few voices rose against this approach, the most outstanding of them was perhaps that of the prestigious jurist Seijas Lozano¹⁰⁶ who, besides underlining the lack of roots of this practice in our country, more characteristic of others in our neighbourhood, insisted in its superfluous character, defending with all their might “the

¹⁰² Coronas, “El Senado...”, *op. cit.*, p. 165.

¹⁰³ Art. 40.4.

¹⁰⁴ Bertelsen Respetto, *El Senado...*, *op. cit.*, p. 279.

¹⁰⁵ Art. 19 and 39.4. According to Fernández Segado, *Las Constituciones...*, *op. cit.*, p. 231: “(...)article 19 of the Constitution of 1845 was a real novelty compared with the text of 1837”.

¹⁰⁶ Coronas, “El Senado...”, *op. cit.*, p. 167-169. Marcuello Benedicto, J.I., IV. La Constitución de 1845, *Colección Las Constituciones Españolas*, Madrid, 2007, includes Seijas Lozano’s speech in the session of Congress on November 2, 1844 where he defends (p. 213ff) that: “(...) the Senate’s organization said that it was another inconvenience for organizing the administration of justice, so that it would be complete; and, indeed, gentlemen, who does not feel the need today, the need that has been announced for a long time, the need that the magistrates and judges are not involved in politics, that they are neither electors nor eligible? (...) the administration of justice is not guaranteed by verdicts being just, it is necessary that the litigants have confidence that justice will be administered unreservedly by those in charge to do so, and for this it is necessary that they do not have prejudices against the judges. And how can they stop having these prejudices when the judge who has to judge a man is not only linked to his political enemies but also a man against whom he fights in the elections and in each political question? Gentlemen, it is necessary that we recognize that if we have magistrates we have to withdraw them from the electoral colleges and the eligibility. However, how can this be done without reforming any article of the Constitution? Let’s recognize that the laws that regulate “yours and mine”, that distribute the private rights, need to have a legal touch (...) and that for the making of these laws, which is the majority of the ones that are enacted, it is indispensable that there are magistrates inside the legislative power. So, how do we reconcile these inconveniences? How?! If there were Pairs or lifelong senators, this is where the place of this high magistracy would be and this is where those would give this necessary legal touch to the laws (...)”.

independence of magistracy”¹⁰⁷. This Constitution was followed by the ones of 1869¹⁰⁸ and 1876¹⁰⁹ which, even under different political signs, agreed in returning to the path of attributing to the Cortes the authority of making effective a minister’s responsibility, being Congress the one to accuse him whereas his trial was held in the Senate¹¹⁰.

In short, the 19th century is constitutionally covered, full of political see-saw movements, but the Judiciary does not recover the protagonism it is entitled to in theory, since it is subjugated by its co-power, the legislator, although in ever more limited cases. The constitution, in turn, concedes and acknowledges jurisdictional functions to that same legislator. However, attention has to be drawn to the fact that between these latest constitutional texts and within the framework of trying to establish a new model of government (the republican, which rehearsed during the *sexenio revolucionario*) it was worked on the draft of the federal constitution of 1873, where article 66 demands clearly that the monopoly of the authority to judge had to be assigned to the courts. This was demanded especially as opposed to the co-legislating bodies, pointing out that, even though Congress had the right to accuse the President and his ministers before the Senate - which, in turn, has to decide whether or not there is reason enough to go to trial - it is, however, the Supreme Court which has to try them and emit a verdict. Since the republican proposal never came to life, this battle was lost by the judicial power¹¹¹.

¹⁰⁷ It was precisely the protection of this constitutional framework that made the Law of May 11, 1849, come into existence which, divided into 3 titles and altogether 66 articles, aspired to regulate the Senate’s activity regarding the court of justice. This was the legal provision which was resorted to in the famous case against the former Minister of Development, Agustín Esteban Collantes. In fact, until 1869 and, according to Martínez Alcubilla, *Diccionario...*, op. cit., entry ‘jurisdicción del senado’ – Senate’s jurisdiction, p. 582-586: “In only one case the Senate constituted a Court of Justice, namely in 1859, in order to sentence the famous case of the 130.000 rock loads (...)”. On this question, see, among others, Coronas, “El senado...”, op. cit., particularly, p. 185-196; “Senado constituido en tribunal de justicia. Causa del ex ministro de Fomento D. Agustín Esteban Collantes y de los señores Mora, Beratarrechea y Luque, sobre supuesto acopio de 130.000 cargas de piedra para obras públicas” in RGLJ 14 (1859), p. 483-485 and Nieto, A., “Causa del Sr. Collantes: ¿drama o farsa?” in Muñoz Machado, S. (eds.), *Los grandes procesos de la Historia de España*, Barcelona, 2002, p. 359-386.

¹⁰⁸ Art. 89.

¹⁰⁹ Art. 45.3.

¹¹⁰ The first one is more precise, since it explicitly states the demand for responsibility for “the crimes and misdemeanours committed while exercising their duties”.

¹¹¹ The single-chambered republican Constitution of 1931 establishes, on the one hand, the need to communicate to the Cortes or to Congress the arrest of a member, something which could only occur in the case of a flagrant crime, having the latter the authority to grant or deny the request made by the Judiciary. Furthermore, it makes it possible that any arrest or trial could be rendered ineffective by the agreement of the Chamber (art. 56: “Parliamentarians can only be arrested in case of a flagrant crime. The arrest will immediately be communicated to the Chamber or the Permanent Deputation. If a judge or a court considers that an indictment act has to be dictated against a member of parliament, the Congress will be informed, exposing the appropriate grounds. If after sixty days, to be counted from the day the Chamber has acknowledged the receipt of the respective document, no resolution regarding the latter has been taken, the request will be considered to be denied. Any arrest or trial of a member of parliament will be ineffective if Congress decides so, in case it is meeting, otherwise it will be the decision of the Permanent Deputation, in case the sessions are suspended or the Chamber dissolved. The Congress, as well as the Permanent Deputation, according to the before mentioned cases, can decide that the judge suspends any kind of proceedings until the termination of the parliamentary mandate of the member who is the object of the judicial action (...).”). The current Constitution of 1978 confirms the need for a request in order

3. The civil servant and his procedural privileges

As Nieto¹¹² appropriately resumes, the Liberal State bases its constitutional articles on the principle of separation of powers, being legality the nucleus of this principle, understood as the mythification of parliamentary law, with regard to the expression of the people's will. And supremacy of law necessarily includes the jurisdictional defence of the citizen's rights before the courts of justice which thus build one of the three fundamental aisles of the 19th century's political scheme. However, the neatness of the picture becomes thoroughly confused faced with certain concrete cases we find. The case of the civil servants¹¹³ has to be added to those we have already mentioned. Perhaps no other issue than that of the servants of the State has given more occasion to criticize mercilessly the state of affairs and the functioning of the country during the 19th century¹¹⁴. In fact, "the civil servants were the favourite target of the citizens' criticism, to which almost all ailments of the fatherland were attributed without fail (...)"¹¹⁵.

At the beginning of the 19th century, the constitution of a State-model that was different from the one known and inherited from the Ancien Régime brought about the need to equip it with a bureaucratic apparatus subordinated to a legal framework that was completely different from the one that existed at the time. A regulatory system that was drawn as a patchwork quilt during practically the whole of the century, seen, as García Gallo describes it, as a "hesitant and tiresome walk of the legislator trying to give the services of the Administration a stable structure"¹¹⁶. The entry method, the remuneration, the promotions, the dismissals, the retirement and any other aspect that could concern them, were essential questions that generally were not treated in a global way but partially and progressively. The legal solutions were offered depending on the political circum-

for the members of parliament or the senators to be accused or tried, apart from prohibiting their arrest, except in case of a flagrant crime, establishing the Judicial Chamber for Criminal Cases of the Supreme Court as the only judicial organ competent for their possible litigation (art. 71: "(...) 2. During the period of their mandate, the members of parliament and the Senators also enjoy immunity and can only be arrested in case of a flagrant crime. They can neither be accused nor tried without the previous consent of the respective Chamber. 3. In the cases against the Members of Parliament and Senators the Judicial Chamber for Criminal Cases of the Supreme Court is competent (...)"

¹¹² Estudios históricos..., op. cit. p. 148-149.

¹¹³ See Gallego Anabitarte, A., *Administración y jueces: Gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del Derecho Administrativo español*, Madrid, 1971.

¹¹⁴ As an example just see the definition of 'Administración Pública – Public Administration' and 'Funcionario – Civil Servant' by Rico y Amat in his already quoted *Diccionario*. Regarding the first definition: "Hodgepodge that nobody understands; neither the administrator nor the citizens. Labyrinth of orders and counterorders; decrees which establish and decrees which repeal; provisions which create something and circulars that destroy it at once. Exactly like weaving Penelope's shroud that's being done by the leaving minister and undone by the coming minister (...)" ; regarding the second definition: "Person who plays some role in the performance in the public theatre. The employees of the theatre are many and varied (...). Those who work in this theatre and do not have a potentially colossal stature work hard and eat little; the civil servant who gets high, however, works little and eats much".

¹¹⁵ Nieto, *Los primeros pasos...*, op. cit., p. 354ff.

¹¹⁶ García Gallo, C., "El estatuto de los empleados públicos según los Reales Decretos de 1844 y 1852" en *AHDE* 41 (1971), pág. 866.

stances. The convulsions in the first half of the 19th century brought along a decisive politicization of the civil servants that grew such deep roots that the temptation to maintain it did not disappear during the rest of the century.

The expectations that were apparent at the beginning of the new century had definitely not been these. The promulgation of the Constitution of 1812 promised a thorough renovation of the civil servants¹¹⁷. However, this did not prevent the use of a part of the components of the absolutist state's bureaucratic apparatus, after being conveniently purged all those who were opposed to the constitutional state's novelties. Various incorporations of those who were manifestly unconditional followers of the new regime have to be added.

However, the return of Ferdinand VII from his French captivity produced a brutal repression against those civil servants who were loyal to the liberal regime. These retaliations were suspended in the Triennium, when those who had been expelled were re-incorporated - only to be retaliated once again during the so-called Ominous Decade, 1823-1833.

The disappearance of the notorious monarch did not eliminate the custom of turning to servants who manifested openly a particular political tendency. His successor in the reins of government, the regent Maria Christina of the Two Sicilies, used the alibi of the need to remove the supporters of her brother-in-law Charles, who disputed her daughter Isabella's claim to the throne in a cruel war. Not long afterwards, once the throne was consolidated, the inclination (or not) towards the monarch in question did not count that much any longer¹¹⁸. The subjugation to the political colour of the government in of-

¹¹⁷ For the question of authority/public employee/civil servant one may look at the literature of the time, either among the legal dictionaries (as those by Escriche (already quoted) or the one by Martínez Alcubilla, M., *Diccionario de la administración española, peninsular y ultramarina. Compilación ilustrada de la novísima legislación de España en todos los ramos de la administración*, 2ª ed., Madrid, 1868) or among the criminal lawyers commenting the different criminal codes (as Vizmanos, T. y Álvarez Martínez, C., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Madrid, 1848, II, p. 233-234 and 311-312; Vicente y Caravantes, J., *Código penal reformado*, Madrid, 1851, p. 345; Ortiz de Zúñiga, M. y Castro y Orozco, J., *Código penal reformado*, Madrid, 1850, p. 109; also p. 59 of the notes and observations; Langle Rubio, E., *Código Penal*, Madrid, 1915, p. 465 and 466; Viada y Vilaseca, S., *Código Penal reformado de 1870 con la variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876 concordado y comentado*, Madrid, 1890, 4ª ed., II, particularly p. 695; Groizard y Gómez de la Serna, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, 1911, 2ª ed., III, p. 367ff; Gómez de la Serna, P. y Montalbán, J.M., *Elementos de derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, Madrid, 1874, III, p. 354; Jaramillo García, A., *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Salamanca, 1929, II, p. 118ff).

¹¹⁸ An example in this sense is the circular letter of August 13, 1836 (placed in the *Gaceta de Madrid*, no. 617 on the 24th of the same month and year): "Published the political Constitution of 1812 through the memorable decree of H.M. the queen regnant on the 13th of this month, one of the most urgent and important duties of H.M.'s Government is that to adapt the regulations and the direction of all branches of the public administration to the provisions of this august Code (...) H.M. observes that, given the huge number and diversity of the rules and instruction for each branch, it is absolutely impossible to find an immediate and simultaneous solution (...) what is not in harmony with it, will be eliminated (...)". Equally, the Royal Decree on provision of employment, of August 30, 1836 (published in the *Gaceta de Madrid*, no. 624 on the 31st of the same month and year): "The Secretary of the Ministry of the Interior will observe the spirit of the order of the general and extraordinary assembly of the Cortes of April 12, 1812 in the provision of employments of his Ministry, proposing only those persons for the positions

fice prevails. Obviously, these dynamics impeded the possibility of a clear, complete and stable generic framework for those who pretended to become a civil servant.

The doctrine emphasizes that all this lack of transparency, together with the insecurity the future might hold and the insufficient and belated remuneration lead to the creation of a body of civil servants who had the tendency to offer a service that left a lot to be desired and, occasionally, even flirted with corruption, hence the need to submit them to a demanding judicial and disciplinary responsibility¹¹⁹. This responsibility had to be demanded by their superiors in the administrative frame¹²⁰. But, as Oliván said, for the rest of the questions, “regarding crimes and misdemeanours, the civil servant is already a matter for the inflexible arm of the courts”¹²¹.

However, the clarity of the starting point is blacked out when trying them for incidents committed while exercising their duties¹²². In view of the possible fear of interference of the third power in the activities of the Executive attacking its most direct servants, the need for a previous authorization by the government to try the civil servants, was established¹²³. The Law of the 2nd of April of 1845, on the government of the provinces can be

who are well-known followers of the Constitution of the Spanish monarchy and, identified with liberty, give solid guarantees of serving the good cause faithfully in their performance at work (...).”

¹¹⁹ On this question see, among others, Alcántara y Pérez, A.; Morales y Serrano, J., *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados administrativos*, I, Madrid, Imprenta a cargo de J.E. MORETE, 1866; Nieto, *Los primeros pasos...*, op.cit., p. 404ff; Jordana de Pozas, L., “Bravo Murillo y los funcionarios públicos”, *Discursos leídos en la Junta Pública inaugural del curso 1952-53 para conmemorar el primer centenario de Don Juan Bravo Murillo*, Madrid, 1952, p. 67-75; García Trevijano Fos, J.A., “Un desconocido precedente de la función pública española: el estatuto de O’Donell de 1866” in *Revista Internacional de Ciencias Administrativas* 35 (1969), p. 141-149; Carrasco Canals, C., “La función pública en el siglo XIX: Proposición de ley olvidada” in AAVV, *Actas del III Symposium Historia de la Administración*, Madrid, 1974, p. 787-823; by the same author, *La burocracia española en el siglo XIX*, Madrid, 1975; Trayter, J.M., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1992, particularly p. 23ff; Garriga, C. y Lorente, M., “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión” in Portillo, J.M. y Inurritegui, J.M. (eds.), *Constitución de España. Orígenes y destinos*, Madrid, 1998, p. 215-272; Marina Jalvo, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, 3ª ed., Valladolid, 2006, particularly p. 37-41.

¹²⁰ So, whereas the R.D. of June 18, 1852 in art. 33 entrusted the “exercise of disciplinary functions against the employees in their respective offices and departments” to the “Council or Board of Heads” that had to be formed “in every Ministry and the general and provincial Office”, in art. 34 the possible punishments are enumerated: “The rebukes that the Board can impose on the staff are: 1. Private reprimand by the respective hierarchical superior; 2. Suspension from duties without pay, with the proposal of dismissal; 3. Privation of salary up to two months”. Equally, the R.D. of March 4, 1866 (even though it was repealed shortly afterwards by another R.D. of July 13 of that same year), dedicated its chapter X to the establishment of disciplinary rebukes that may be imposed upon the civil servants; whereas art. 77 enumerated those facts subject to rebukes, art. 78 named the concrete rebukes: “1. The private reprimand. 2. The public remand before the Governing Council or the disciplinary council which is established by special regulations for the Offices. 3. The suspension of salary. 4. The suspension of duties without pay. 5. Temporary removal from office. 6. Justified dismissal”.

¹²¹ De la administración..., op. cit., p. 119.

¹²² Lorente Sariñena, M., “De la trascendencia constitucional de un mecanismo institucional: la autorización para procesar a los funcionarios públicos” in *Derecho, historia y universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, vol. 2, Valencia, 2007, p. 117-127.

¹²³ According to the *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, 1910, entry ‘Funcionario público – civil servant’: “(...) the doctrine of the previous authorization had its origin in France, in those (Napoleo-

included in this context, since its article 4 paragraph 8 established that it corresponded to the provincial governor, as the immediate superior authority of the province appointed directly by the King, “to concede or deny, in accordance with the laws or instructions, the competent authorization in order to try the servants and corporations that depend on his authority for activities relative to the exercise of their duties, and, in case of denial, he gives a documented report to the Government on the convenient decision”. This legal provision was ratified and completed by the R.D. of March 27, 1850, which demanded the administrative placet “when charges against a civil servant or body depending on the authority of the Governor of the province have to be made, due to some incident relative to the exercise of their administrative duties” and forbid the judge to “take immediate actions against the accused, be it taking his unsworn statement, ordering to arrest him or to send him to prison, or be it any other action directed against the presumed culprit” without this authorization. The proper procedure, established by this norm, was that the judge briefly took the initiative of starting the proceedings, with a compulsory legal opinion from the prosecutor, then passed it to the governor who, after hearing the provincial council, decided in a very short period of time. This period of time was non-extendable, except for when it was esteemed appropriate to listen to the presumed culprit, since in this case it was extended fleetingly. If the decision was affirmative, the judge had the thumbs-up. If the decision was negative, the file was handed over to the Ministry of the Interior which, in turn, handed it over to the Royal Council which emitted a legal opinion that the executive accepted¹²⁴.

The possible interference of the courts of justice in the actions of the administration and its employees was ascended to an irrefutable maxim, and caused a tremendous distrust¹²⁵. It was feared that the Judiciary could become an instrument for blocking poli-

nic) days when the executive Power was only a powerful claw, and the network of civil servants a huge number of tentacles which said Power used for stating its omnipotence, with great damage to the citizen's rights and even of the public liberties, only protected by the judicial Power. Therefore, in other countries, like England or Belgium, they do without any kind of authorization and the judicial Power, the key of the most perfect of organizations searching for the expression of the best Constitutional State (Rechtstaat), shines with all the prestige it deserves”.

¹²⁴ However, even when criminal actions were not committed during the exercise of the civil servants' duties, conditions were beginning to be imposed, since, although art. 7 of the R.D. of March 27, 1850 established that “if the crime committed by those persons to whom the previous articles refer, were not relative to the exercise of administrative functions, the judge will perform freely everything justice calls for (...)”, the following articles specify that the provincial governor had to be informed, who could object that his authorization was necessary. Also, article 6 permitted the judge's intervention: “When the culprit was found in fraganti, and also when the crime was one of those classified as serious by the Criminal Code (...)”; now then, in the same manner, it was demanded that “(...) within the twenty four hours following any of these two procedures, he has to ask the governor for the indispensable authorization to continue the cause (...)”.

¹²⁵ Up to the point that when the Law of April 2, 1845 made it necessary for the governor to give the corresponding authorization for trying an employee of the administration, there is no provision for the possible case that it is the governor himself who will be tried. See “Observaciones al Decreto de 29 de abril de 1857 sobre las autorizaciones para procesar a los empleados de la administración” in RGLJ 9 (1857), p. 396-400. Also, to the contrary, Gómez de la Serna, P., “De los jueces de paz” in RGLJ 9 (1857), p.112: “(...) with it the guarantees for a good administration of justice have increased considerably, since justice is in danger when the agents of the administration, apart from the areas of responsibility inherent

tical action. Such was this conviction that Oliván¹²⁶ states: “the administration overcomes the illegitimate opposition and wins by the force of its authority; the legitimate ones, however, based on noteworthy reasons and laws and administrative provisions, more or less correctly understood or interpreted, have to be examined and decided, applying the law to the facts. These incidents could be challenged before the civil or common courts, as do the questions of yours and mine which are treated between private individuals; but it has been known for a long time that this kind of system can seriously harm the good service of the state (...) In order to avoid these effects, exclusive courts or courts of assignments were created, with a good purpose, but faulty in their multiplication, privileges, inequality and proneness to abuses. Since the jurisdiction for disputes consists of the intervention and reform of actions of pure or active administration, it is necessary for the administration itself to have the force to overcome the obstacles that are hindering its course. Otherwise, the government would not be a power, it would be subjugated to the judicial authority (...).”

So, with the paradoxical excuse of maintaining the indisputable separation of powers, and following the steps made by our French neighbours¹²⁷, the so-called administrative jurisdiction for disputes is created, in order to settle all those contentious situations where one of the parties is the State or one of its civil servants¹²⁸. Normally, Francisco Silvela is said to be the precursor of its adoption in our country, since in 1838 he presented a petition for the creation of some novel administrative courts to the Congress of Deputies. Even though his initiative did not prosper, in the following years it did, however, give the impetus for several legislative measures to flourish which in time were shaping them. It is true, however, that they did so in a partial and confuse manner and centring around the controversial institution of the Royal Council¹²⁹.

This institution was established as a consultative organ by a Decree of March 24, 1834, and it was structured into a presidency, a general secretariat and seven sections (State, Grace and Justice, War, Navy, Finance, Development and Overseas)¹³⁰ and its life was relatively short. After the Constitution of 1812 was once more in force, which foresaw the

in their positions, also receive those of deciding controversies started by private individuals on the occasion of their individual rights which are written down in civil law”.

¹²⁶ De la administración pública con relación a España, Madrid, 1843, p. 79-80.

¹²⁷ As García de Enterría points out in “Revolución Francesa...”, op. cit., p. 58ff., in this sense it becomes essential to keep in mind the French Law on the Organization of the Judicial Power, of August 16-24, 1790 where, among other questions, it is proclaimed that “the judicial duties are and will always be separated from the administrative duties. Under the penalty of prevarication, the judges must not disturb the operations of the administrative bodies in any way, nor summon the administrators due to their duties”.

¹²⁸ Fernández Torres, J.R., La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868), Madrid, 1998.

¹²⁹ So, among other legal provisions, the Law of April 2, 1845 is outstanding, which created the provincial councils as administrative courts of first instance, as well as the Law of July 6, 1845 which transforms the already existing Royal Council into a chamber for deciding the disputed administrative cases. See, among others, Arvizu y Galarraga, F. de, “El Consejo Real de España e Indias (1834-1836)” in AAVV, Actas del III Symposium Historia de la Administración, Madrid, 1974, p. 383-408; Cordero Torres, J.M., El Consejo de Estado, su trayectoria y perspectivas en España, Madrid, 1944.

¹³⁰ The R.D. of May 9th, 1834 contained a regulation for its internal governance.

existence of a Council of State, it was abolished by R.D. of August 13, 1836, however, without recovering the former. It lasted hardly two years that ended on July 13, 1845, when the Law on the organization and competences of the Royal Council was published¹³¹ in the *Gaceta de Madrid*. Even though this revival shapes it as “a supreme consultative body”, it also confers it the performance of jurisdictional tasks¹³².

From 1858 onwards it will become the Council of State¹³³, maintaining among its tasks the one of dispensing justice in the administrative field¹³⁴ and the concession of the compulsory authorization of the government to prosecute civil servants and authorities for abuses committed in the exercise of their duties. The law of August 17, 1860, was promulgated in order to tackle its reform and described it as a “supreme consultative body of the Government regarding the matters of Governance and Administration and the administrative disputes in Spain and Overseas”¹³⁵, expressly confirming among its tasks the one of advising about the compulsory authorization of the judge in order to prosecute a public employee¹³⁶.

A procedural privilege to which article 30¹³⁷ of the Constitution of 1869¹³⁸ put an end by establishing categorically that the consent of the Executive for trying civil servants

¹³¹ Of the 6th of the same month.

¹³² In its title IV *Del modo de proceder en lo contencioso*, art. 16 to 19. This title was developed by the regulation of December 30, 1846. See also, the *Extracto del informe del Consejo de Estado sobre 'Reforma del decreto sobre competencias de jurisdicción y atribuciones entre las autoridades judiciales y gubernativas'*, approved on May 27, 1846 and the R.D. of June 4, 1847, establishing general and permanent rules in order to sustain and settle the competences of jurisdiction between the judicial and administrative authorities.

¹³³ Cordero Torres, *El Consejo de Estado...*, op. cit., p. 93.

¹³⁴ The Spanish Glorious Revolution of 1868 brought along the first intent of removing this duty from it (Decree of October 13, 1868, signed by Sagasta, at the time Minister of the Interior and published the following day, where article 1 suppresses the administrative jurisdiction of disputes; the 2nd suppresses the Provincial Councils and the Council of State's section of Disputes; and the 3rd transfers the pending cases to the Supreme Court – those of the Council of State – or the Audiencias – those of the Provincial Councils-). This goal, on the other hand, will not be definitely achieved until the approval of the Law of April 5, 1904 which attributes this jurisdiction to the ordinary courts (territorial Audiencias and Supreme Court).

¹³⁵ Art. 1.

¹³⁶ Art. 45.11 and 48.

¹³⁷ Art. 30: “No previous authorization will be necessary to try civil servants before ordinary Courts, no matter the crime they have committed. An order from a superior will not exempt him from his responsibility in case of a manifest, clear and obvious infraction of a constitutional regulation. In the rest of the cases, only those servants will be exempted who do not exercise any kind of authority”. However, this prohibition is not absolute, since, as it is established in the *Enciclopedia Jurídica Española...*, op. cit., term ‘*Funcionario público*’ – civil servant –, two perspectives have to be differentiated: the representative and the employee. Here we take a look at the latter, since in the case of the former it is understood that the servant: “(...) holds a popular representation, reflection of the State's sovereignty itself, and cannot be tried without the Chamber's previous authorization”; in these cases we situate ourselves in the scenery of the requests’.

¹³⁸ This line is followed by the draft federal Constitution of 1873 when prescribing in article 32: “No previous authorization will be necessary to try civil servants before the Courts, no matter the crime they have committed. An order from a superior will not exempt him from his responsibility in case of a manifest, clear and obvious infraction of a constitutional regulation. In the rest of the cases, only those ser-

before ordinary courts was not necessary, no matter what crime or misdemeanour they had committed¹³⁹. Carro Martínez¹⁴⁰ emphasizes that in order to destroy “the Administrative System which the Ministers of Isabella II had clumsily sketched”, several measures had been taken, of which the suppression of the administrative jurisdiction for disputes “whose exercise the Council of State had retained” was especially outstanding, as was the elimination of certain privileges of the Administration “as the previous authorization in order to be allowed to persecute the civil servants for the misdemeanours they had committed”.

Its successor, the constitution of 1876, recovered the demand of this placet, establishing that by means of a special law those cases would be determined when it was necessary¹⁴¹ and so ends the century and this rule did not appear on the Spanish legislative map, so that in practice it was no longer required.

4. The grace of pardon

This is a royal prerogative which during the 19th century was quite disputed by numerous jurists. Only a few disputed its existence as such. The majority did not argue its *raison d'être*, but demanded some clear rules that would put an end to the constant abuses that were committed against those who did not agree absolutely. After decades of pleadings, on Friday, June 24, 1870 and with the signature of the outstanding jurist Eugenio Montero Ríos¹⁴², at that time Minister of Grace and Justice, the *Ley provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto* – the Temporary Law establishing rules for exercising the grace of pardon was published in the *Gaceta de Madrid*, the obligatory official distribution channel of the legal rules of the time. It was dated six days earlier and had 32 articles. It lacked, however, a preamble (at least, formally it appears like that in the law) that would sanctify the reasons for its promulgation – perhaps because it did not need them. There had been so many voices repeatedly demanding a specific, and

vants will be exempted who do not exercise any kind of authority”.

¹³⁹ In the midst of the revolutionary turmoil, the RD. of October 21, 1868 on the governance and administration of the boroughs is enacted. It established that for trying the mayors, the governor's corresponding authorization was necessary. However, the coming into force of the Constitution of 1869 rescinded it, in virtue of its art 30. Yet, the stage appearance of the later Decree of June 20, 1869 in virtue of which the Constituent Cortes gave “the force and the character of laws to all orders and decrees issued by the Provisional Government” seemed to provoke a possible conflict that had to be solved in favour of the constitutional text's provisions. On this question, see Santarem, N., “Sobre la autorización para procesar a los funcionarios públicos” in RGLJ 35 (1869), p. 63-66.

¹⁴⁰ La constitución..., op. cit., p. 136.

¹⁴¹ Art. 77.

¹⁴² A Iso responsible for another law which, although classified as temporary, was in force for more than a century. Domingo, R. (ed.), *Juristas Universales. 3. Juristas del s. XIX*, Madrid, 2004, p. 414: “(...) Rigorously faithful to the idea of a well-organized, well-instructed and responsible judicial power, he enacted on September 15, 1870 the officially called ‘Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial’ – the temporary law on the organization of the judicial power - that regulated the conception and organization of the Courts and Tribunal, the access and graduation rules for the studies of law and access and promotion in the legal system, the responsibility of the judges, their irrevocability and the authorities and competences of the different organs of the judicial power (...)”.

above all, clear, legal framework that would put an end to the frequent arbitrariness in its use, that it was not necessary to compile arguments in the defence of its contents. This rule, despite its defects and the criticism received during more than one hundred and forty years and classifying itself as ‘temporary’, is still in force today¹⁴³.

The right of pardon was a generic nomination in the Spanish legal tradition, something complex, that covered a vast range of possibilities of pardon, attributed historically to the Crown, when it came to offenders and misdemeanours. In relation with this mercy a series of terms with different extensions had been used¹⁴⁴: ‘remission’, ‘grace’, ‘mercy’ ‘forgiveness’, ‘clemency’, ‘abolition’, ‘release’ ‘condonatio’, ‘placet’, ‘habilitatio’, ‘restitutio’, ‘indulgence’ or ‘pardon’, only to mention a few¹⁴⁵. Nevertheless, the legal rules of the 19th century as well as the doctrine and the jurisprudence had slowly reduced such variety to only a few expressions, slightly heterogeneous but intimately connected, concentrated in the last one. They differentiated, in turn, between general and particular pardon, amnesty, commutation of the sentence and the compensation for the time in prison while the respective criminal trial was held. The common denominator was the principle that the State had to monopolize the *ius puniendi*, the right to punish and, depending on this accumulation, certain freedoms could be allowed, as demanding or not the total or partial serving of the sentences or even its commutation¹⁴⁶.

¹⁴³ With some slight modifications by the law 1/1988, of January 14.

¹⁴⁴ On this question, see Rodríguez Flores, I., *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1971, particularly p. 21-44. Also, Tomás y Valiente, F., “El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)” in *Anuario de Historia del Derecho Español* 31 (1961), p. 55-114; Bermejo Cabrero, Poder político..., op. cit., particularly p. 317ff.; Hespanha, A.M., “Da ‘Iustitia’ a ‘disciplina’. Textos, poder e política penal no antigo Regime” in *Anuario de Historia del Derecho Español* 57 (1987), p. 493-578; Dios, S. de, *Merced y Patronazgo Real. La Cámara de Castilla entre 1474-1530*, Madrid, 1993.

¹⁴⁵ For terminology questions in History of Law, see the interesting reflection of Stolleis, M., *La Historia del Derecho como obra de arte*, Granada, 2009, particularly, p. 15ff: “For History of Law, the way of choosing the relevant linguistic material among the almost unlimited mountains of innumerable sources, is of utmost importance. In the majority of cases this is relatively simple, due to the mere fact that we can track and assume the semantics of Right, court, judge, sentence, law or legal infraction, without great risks of anachronism and we can also find in the past linguistic equivalents for present uses (...) The further back we go in time, less sources we have at our disposal and more translation problems accumulate (...)”.

¹⁴⁶ Marquina y Kindelán, C., *Breves consideraciones sobre el derecho de gracia*, Madrid, 1900, p. 20: “Criminal law is the first and most indispensable of all laws of any human organism, to such a point that it is unthinkable that a society exists or ever existed without criminal punishment, and without the means to make this same punishment effective or overturn it, imposed by the head of the tribe, village or society (...) When at the beginning of this century in almost every European country the Constitutional Monarchy was established, and with it the division of powers, to one of these the right to administrate justice in the name of the King was acknowledged, and also to decide in appeals that might occur against the verdicts of the inferior courts, the prerogative of pardon being reserved for the King, as his right of sovereignty (...)”. Bravo, E., *La gracia del indulto*, Madrid, 1889, p. 27ff. Apropos of the commutation of the indicated punishment: “(...) It is the change of the punishment imposed by the verdict for another one of a different kind, and always less severe. Therefore its concession is also included in the royal prerogative. In reality it has two characters, one that of a real grace and the other due to the need to replace one punishment by another, more adequate and just one. Under the first aspect, it is reduced to a more or less justified arbitrary action (...)”.

The particular pardon¹⁴⁷, as Requejo Pagés¹⁴⁸ insists, is what today is identified as mercy¹⁴⁹. Amnesty as well as pardon (the general and the individual pardon)¹⁵⁰ share their “condition as procedures through which legality is exempted”¹⁵¹. Now, whereas amnesty is widely considered as “a retroactive way of repeal which can either affect the rule which classifies an action as illicit, or the one that stipulates the imposition of a sanction – as consequence of the verification of an action thus classified” – pardon is considered “not to act upon the legal reality of an action that was classified as illicit, nor does it affect the criminal nature as such, but it operates on the sanction, either ruling it out or reducing it. So, pardon always presupposes an illicit action, a classification which, contrary to what may happen in an amnesty, remains intact. In a pardon the rule that classifies an action as illicit is not censured; it simply makes an exception of the application in a concrete case (individual pardon) or for a group of people or incidents (general pardon)”¹⁵². That is why appealing to this mercy supposes a notable interference in the performance of the courts, since decisions already taken are altered, falsifying the consequences of the verdicts.

The question of the right of pardon, its origin and its history, has been object of attention of several authors throughout our long history¹⁵³. Let's emphasize some relevant data,

¹⁴⁷ According to the Diccionario judicial que contiene la explicación y significación de las voces más en uso en los tribunales de justicia by D.J.F.A., Madrid, Press of Mr. Miguel de Burgos, September 1831, págs 142, pardon is: “Grace or privilege granted to someone so that he can do something he couldn't do without it. A grace by which the superior releases someone from punishment or exempts someone from a law or any other kind of obligation”. Villalba, Hervás, L.M. “La gracia del indulto ¿Procede aplicarla por los Tribunales en causa pendiente en virtud del desistimiento del Ministerio fiscal, cuando se opone la parte querellante?” in RGLJ 85 (1894) page 281 defines it as: “the release from a punishment that a criminal would have deserved for his crime” whereas for Martínez Alcubilla, Diccionario de Administración ..., op. cit., the entry indulto – pardon is “writing off or releasing from the punishment that a criminal deserves for his crime. Among the prerogatives our Constitution gives to the King is that of pardoning the criminals according to the laws. Be aware of articles 45 and 50 of the Criminal code with regard to the effects of pardons”. In that same line, Langle, E., Código penal de 17 de junio de 1870, Madrid, 1915, page 10, considers that it is “an institution with which the whole verdict can be remitted, or the whole of the main sentence, or part of it, or some of them, if there are several, or the one imposed is replaced by another one of that same scale. It is task of the King to grant it, according to the laws, as expressed in no. 3 of article 54 of the Constitution”.

¹⁴⁸ “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español” in Historia Constitucional. Revista electrónica, 2 (2001), p. 82.

¹⁴⁹ As Dorado Montero, P. already said in El derecho protector de los criminales, II, Madrid, 1915, p. 407, note 3: “The lack of security in the usual terms on the matter we're dealing with, has probably been noted. Whereas the word 'grace', for example, often has a general meaning, including amnesty, mercy and even rehabilitation, etc., on other occasions 'grace' is an equivalent of what we call pardons (...)”.

¹⁵⁰ The commutation of the sentences and the deduction of years of punishment for time already spent in prison nowadays are perfectly well differentiated and regulated in the Criminal Code in force.

¹⁵¹ Requejo Pagés, “Amnistía e indulto...”, op. cit., p. 82

¹⁵² For Elorza Aristorena, J., “Consideraciones histórico doctrinales sobre la ley de indulto de 18 de junio de 1870, a speech held at the monographic course on the Centenary of a legislative work, Valencia, 1972, p. 180, the most significant difference between one and the other is that, whereas “amnesty is an act of High Politics, made with the aim of social pacification”, pardon is “a more legal act than it is political”.

¹⁵³ Although it is true, it has not been investigated with the profoundness it deserves. In this sense, Sobremonte Martínez, Indultos ..., op. cit., p. 3 points out that: “the reasons for which at that moment the topic

following these authors. Emilio Bravo¹⁵⁴, only a few years after the Law of 1870 came into effect, published a monograph¹⁵⁵, in which he tries to advise his readers on the subtle differences between amnesty and pardon, and in the latter, between general and individual pardon. He points out that etymologically, amnesty is a term that derives from Greek, meaning forgetfulness. This means that it is tried to wipe the slate clean and start again when political circumstances recommend to do so¹⁵⁶. Therefore, it only responds to reasons of political convenience. He illustrates his paper pointing out that amnesty shares the fact that it is granted to a group of people with pardon, general pardon; however, it differs in as much as, that amnesty is granted for political crimes, whereas pardon is given for ordinary offences¹⁵⁷. The motives that justify its concession in one case and another, are also different, since in the case of pardon the political components are obvious and even though clemency is seen as the last resource, it normally coincides with facts or events of great fame and uproar in the country. During the 19th century the most relevant ones were related directly with the existence of the monarchy, as there was the accession to the throne of a new king, his wedding or the birth of a heir.

In the face of potential extensive concessions, of amnesties as well as of pardons, sometimes the latter could have a particular character which, according to this high magistrate, “does not need any explanation (...) since it is one given to a person sentenced to any kind of punishment”. In this sense, as a historical footnote, he adds that “when the exercise of the prerogative was not regulated, it was not indispensable for the culprit in question to be serving a sentence (...). Some time ago, however, (...) it became a necessary prerequisite for the concession of pardon that the convicted person was in the corresponding

was chosen, was the generosity with which they have been granted in this century to date, regardless of the frugality with which the doctrine has analyzed them (...)”. On page 27, he insists: “Spain, unless Italy, has paid little attention to the topic on a doctrinal level (...)”.

¹⁵⁴ Renowned jurist of the 19th century who occupied the presidency of the Supreme Court.

¹⁵⁵ Bravo, E., *La gracia del indulto*, Madrid, 1889.

¹⁵⁶ It stems precisely from a “law given by Thrasylbus aiming at securing peace after ne of the most terrible disturbances in Greece. No winning power, for strong and strict it might have been, ever disdained this measure of generosity and pardon which bears the admirable association of clemency and foresight. It generally disarms the attitudes of reprisal in the mood of the defeated, extinguishes the dangerous embers of a still lingering fire and makes it possible for some worthy men, immersed in disgrace or emigration, to recover their lost home and will, and even give their support to the order of things established by victory”. On the other hand, for Cadalso, F., *La libertad condicional, el indulto la amnistía*, Madrid, 1921, p. 195 (who is followed by Linde Paniagua, E., *Amnistía e indulto en España*, Madrid, 1976, p. 27), its origin can be traced to the Holy Books of India.

¹⁵⁷ Bravo, “La gracia ...”, op. Cit. p. 24-25 “This kind of grace has always had its limitations and rules. It was normally not granted to culprits who had committed those crimes which in the ancient classification were called of divine or human lèse-majesté, treachery, homicide of priests, manufacturing false currency, arson, falsification, robbery, bribery and beguilement, resisting justice, embezzlement of public finances, removal of forbidden objects to enemy nations, sodomy, procuration, defiance, kidnapping and violence against women, as can be seen in laws 1, 4 and 5 notes 1 and 9, title 42 book 12 of the *Novísima Recopilación*, Royal Charters of October 17, 1771 and December 22, 1795. This differentiation has already disappeared and been replaced with another criterion. Generally, pardon is granted to those who are sentenced to correctional prison, normally a total pardon, especially if the punishment is long-term arrest, reducing other punishments. Private crimes are always excluded from grace. Among the printing crimes the only exceptions are those for insult and general slander”.

penitentiary. The contrary would be a complete disturbance of the proceedings, and furthermore a real arbitrariness, since it is hard to give a just pardon to someone who has not yet been judged. The established rule has an exception in practice, related to political crimes, electoral crimes and those committed in printing, even though it generally happens when it concerns amnesties or general pardons¹⁵⁸.

The discussions between supporters and detractors of the right of pardon had been going on for very long, even though during the 19th century they underwent an unusual increase in our country, derived doubtlessly from the political agitation that characterized this century and the constant use that the different Bourbon Kings made of this right in this chaotic context. Those who rejected it, used to take refuge in those arguments that were already put forward outside of our borders, by such prestigious thinkers as Bentham, Barberirac, Beccaria, Kant, Servan, Dompierre, Feuerbach, Filangieri or Pastoret. Those who were in the antipodes, replied recurring to Grocio, Puffendorf, Montesquieu, Constant, Leuder, Stahl or Guizot, among others¹⁵⁹. The main arguments both parts used were quite simple. On the one hand, those lined up who started from the premise that any politically developed society had to have just laws, especially in criminal matters¹⁶⁰. And if these were to deserve such a qualifier, then it was because the legislator had taken the appropriate measures for the punishments to fulfil their function of punishing the crime's author, together with his simultaneous recuperation for society. In the

¹⁵⁸ Bravo, "La gracia ...", op. cit., p. 25ff. Regarding the reduction of sentences, he says: "Where is the most, can be found the littlest, reducing the sentence is part of the grace of pardon, that is granted when it is considered that the sentence should not be applied in its entirety (...). Abroad (...), it can be said that the reduction of a sentence is part of the penitentiary system and that granting it is by no means doing someone a favour, it is part of justice, carried out in an operation of law. Between you and me, it is like any other pardon, it is a grace that is granted when total indult does not seem appropriate". And regarding commutation: "This is the replacement of a punishment inflicted by the verdict with another one of a different nature, always less severe, therefore its concession is also included in the royal prerogative. In fact, it has a double character, that is, it is a real grace, and it is also a compensation, based on the need to replace one punishment with another, fairer and more adequate one. The first aspect reduces it to an arbitrary act, which is more or less justified and which is also considerably abused (...)". Regarding the deduction of time spent in prison while the trial was prepared from the total sentence, he explains that: "(...) it is a real pardon (...). In the legal practice it was introduced a long time ago, and it was either applied when the verdict is returned, expressing that this time in prison was to be understood as the sentence or reducing the amount of the latter (...). To be honest, the character of this reduction of the sentence includes a diversity of judgements, here, as well as abroad, since the German Criminal Code and others consider that it belongs to substantive law, including it among its precepts and others classify it as procedural law. But no matter where it belongs, the truth is that in our legislative reforms it does not belong anywhere and the diversity of criteria was so vast in the Courts that within one court each courtroom had its own (...)"

¹⁵⁹ Pacheco, J.F. *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, I, Madrid, 1842, p. 256: "In order to finish this question, we still have to mention that the political writers and philosophers have generally stated to be in favour of the right of pardon whereas their adversaries were born and commonly can be found among those who only look at criminal legislation (...)". A summary of this question can be found, among others, in the already mentioned Dorado Montero, Cadalso, Linde Panigagua, Bravo and Elorza Aristorena; and from a broader perspective, in Fajardo Gómez, M.I., *In tanta luce seculi: una reflexión sobre el pensamiento penal y el Derecho del Occidente ilustrado*, unpublished doctoral thesis, Granada, 2013.

¹⁶⁰ Doubtlessly, the most scorned part of law throughout history.

adequate calibration between crime and punishment is where the key to success can be found. Consequently, pardon should not have a place in the legal system. Admitting it means acknowledging the existence of unjust legal rules. Consequently, this legal remedy is nothing else but arbitrariness. As Concepción Arenal¹⁶¹, a fervent defender of banishing pardon from the regulatory framework affirmed vehemently many years later, “The injustice of cruel laws is not avoided by removing only a few privileged persons from its action by means of the right of pardon but only by abolishing it for everyone”.

On the other hand, in the middle of the fizzing of the novel illustrated principles, Berceña defended that “the most beautiful prerogative and the most appreciated attribute of sovereignty is the right to pardon a culprit’s punishment”. And precisely the existence of unjust legal rules is the starting point of those other persons who are exactly on the opposite side of the abolitionists, perhaps with approaches that are closer to reality. Admitting its survival without complexes, allows receiving pardon as an immediate remedy which is valid for diminishing the possible injustice of the former¹⁶². Despite the contradiction its use might include, it is a question of justice. Therefore, in the middle of the 19th century the latter do not worry so much about whether or not pardon exists, than about the need to have a legislation in keeping with the times and, above all, one that implies transparency.

In our country rules on the grace of pardon existed – old rules, complex and incomplete. They appeared incoherently in plenty of different sources which in the 19th century still were a compulsory reference: from the *Fuero Juzgo* to the *Novísima Recopilación*, through the *Leyes del Estilo*, the *Partidas* and a long list, creating a thick criss-cross which during the new liberal state had been made worse by several decrees and ministerial decrees that only patched up the question, since the different constitutional texts following each other restricted themselves to acknowledging its existence and designating it to the monarch¹⁶³. Such a commotion fomented abuse, which in fact was frequent.

¹⁶¹ Arenal, C., “El derecho de gracia ante la justicia”, in *RGLJ* 54 (1879), p. 602. In fact, this extensive study starts from the following assertion: “the question is, and can only be this: Is the right to pardon just? Or better, can pardon be a right?”.

¹⁶² Montes, *La pena de muerte ...*, op. cit., p. 209: “The right of pardon also responded to a need, to a permanent need, a need that has not disappeared, nor will it ever disappear, because it is based on the natural imperfection of the human works (...)”.

¹⁶³ So, according to the Bayonne Statute (art. 112), the right of pardon “belongs only to the King and he will exercise it after hearing the Minister of Justice (...)”. For the Constitution of 1812 (art. 171): “(...) to the King (...) belong the following main competences: (...) Thirteen: to pardon criminals, according to the law”. This formula is repeated in that of 1837 (art. 47), of 1845 (art. 45) and of 1876 (art. 54) where among the prerogatives that the Constitution attributes to the King “it corresponds to him: (...) 3. To pardon the criminals, according to the laws”. However, this changes in that of 1869 (art. 74), since the King “has to be authorized by a special law: (...) 5. To grant amnesties and general pardons” and in the draft of the Federal Constitution of 1873, where the faculty of granting pardons is attributed to the President of the Republic (art. 82). In the area of criminal codes, the one of 1822 dedicates fifteen articles to this matter, all in Chapter X (*De los indultos – About pardons*) of the Preliminary Title. As Elorza Aristorena reminds us in *Consideraciones...*, op. cit., p. 197, following the orders of the constitution, it is meticulously regulated in this provision, however, the Committee that prepared the Code “could not hide the fact that it disapproved pardon, since in the explanation that accompanied the draft in its presentation, it states the arguments which are against the Royal prerogative (...)”. The Codes of 1848, 1850 and 1870 mention it in a

Therefore, opinions defending it were no isolated occurrence, although with nuances. This is the case of the outstanding criminal law expert Pacheco¹⁶⁴. “(...) We believe that sometimes the use of this right is required in its own interest; and that as a governmental means, not a personal one, it can produce great and happy results. May it be allowed to think as Montesquieu did, that in moderate monarchies it is a means of great value and unutterable utility, provided that it is used with caution and wisdom”¹⁶⁵. Its frequent use with a lack of both qualifiers, caution and wisdom, is what makes the *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*¹⁶⁶ expose in one of its issues¹⁶⁷ the worry the bad use of royal grace is causing in society, right after ending the first half of the century: “the question of pardons has drawn the public’s attention lately, not so much due to the number of pardons granted, but for the kind of people and the nature of the crimes for which Royal Grace has been granted”¹⁶⁸. That is, it was not even its routine what was so provocative or the inertia with which was resorted to these proceedings, not even its excess in numbers, but to whom it was granted and why.

The citizens’ unrest reached such an extent that some senators decided to take the initiative and presented a bill, which, although short, demanded unmistakably the restriction of the unlimited royal competences in this area. The legislative proposal consisted of only one article which demanded that a special pardon could only be granted by means of a Royal Decree, “approved by the Minister to whom it corresponds, after hearing the

very scattered and fragmented manner (mainly when speaking about the effects of punishment).

¹⁶⁴ Pacheco, *Estudios de Derecho* (...), op. cit., p. 260.

¹⁶⁵ Even though he explicitly recognizes the abuse committed when applying it (“ (...) when abuse is inevitable and happens every day, and its regular use causes much more damage than good, little defence does the institution in itself have to resist against such a qualified objection (...)”) he defends its survival with numerous arguments, among which the opportunity stands out (“(...) Gentlemen, do you want to know what I would really fear under the circumstances in which we live? Well, my fear would be exactly the contrary: my mistrust would awake and grow if in times like the present, the powers in force did not have this political faculty of granting pardons and commute punishments, if, submitted to the inflexibility of the laws, it were impossible to hope for compassion despite the necessary strictness of the courts. At any moment of history I would have defended the right we are talking about, despite the abuse that it might give rise to. More so today, when on the one hand this abuse is not probable and on the other, living in circumstances like the ones that surround us, I must admit I cannot imagine a European nation where the government lacks this kind of prerogative”).

¹⁶⁶ The *Boletín de Jurisprudencia y Legislación*, first published in 1836, is considered the first Spanish journal dedicated exclusively to the world of law. It was the starting signal for many others of its kind (*Pensamientos sobre la Justicia forense, administrativa y política, La Universidad y el Foro, El Derecho, Gaceta de los Tribunales, El Derecho moderno* ...) which, like the former, were generally quite short-lived. This is not the case, however, with the *RGLJ*, whose first issue was published in 1853 and which still exists, having become a reference point for anybody linked to the world of legal norms. See on this topic Castán Vázquez, J.J., “Pequeña historia de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Desde la atalaya de su centenario 1853-1953)” in *RGLJ* 297 (1953), p. 14-53.

¹⁶⁷ *RGLJ* 14 (1859), p. 92-105.

¹⁶⁸ The sixth edition of the *Diccionario* by Martínez Alcubillo still complained about the abuse when granting pardons. Entry ‘indulto’ – pardon: “(...) Such an erroneous belief is permitted in our country, by the frequency that general pardons, veritable amnesties, are granted which stop the courts’ action and diminish the mandatory force of their verdicts, which frequently are inspired in the aim of pleasing political or social forces that demand pardon and not in the pure intention of softening the situation of those who are to be favoured or releasing those from punishment who regret their crime (...)”.

opinion of the Court that pronounced the verdict, and the Council of Ministers”. Furthermore, according to the afore-mentioned legal provision “the punishment that is pardoned and the crime for which it was inflicted” had to be recorded.

Sáinz de Andino, one of the signers¹⁶⁹ of the motion, justified his demand in one of his interventions in the Chamber, not as a “vote of no confidence” for the government¹⁷⁰, but for the “need to fill in an existing gap in our legislation”¹⁷¹. He does not question its *raison d'être*. So he answers the question “would we raise our voice against the acts of Royal clemency, intended to relieve the sad situation of those poor wretches who had incurred penalties?” with a categorical “in no way”. The most part of his argumentation, even if it may seem contradictory, is not even intended to criticize the lack of rules – on the contrary. Throughout his lengthy essay he proves the existence of a handful of ancient legal provisions which have been regulating this question for centuries¹⁷². In this sense, he argues that they may be accused of being ancient, unconnected among each other, enacted from a very partial perspective and, on many occasions, contradictory. However, it cannot be said that they are not in force, according to his point of view, since they have never been repealed by anybody who had the authority to do so. What is palpable, however, is its non-compliance¹⁷³. It cannot be denied, from his viewpoint, that who possesses the authority to grant pardon and does not comply with any rule, becomes arbitrary, an action which is wholly objectionable¹⁷⁴ in a constitutional regime. Even admitting that this right of pardon appears established in the text of the rules themselves, its conversion into an “unlimited, absolute, arbitrary and despotic” authority “with no other limit than the one who exercises it” is inadmissible.

¹⁶⁹ Santiago de Tejada, the Count of Velle, the Marquis of Viluma and the Count of Guendulain also support him. A summary of this question can be found in RGLJ 14 (1859), p. 92ff.

¹⁷⁰ “(...) As learned, zealous, far-sighted as H.M.’s Ministers may be, it is not possible that they can keep an eye on all the necessities of public service, considering the multitude and seriousness of the matters they have to deal with. Therefore, the Constitution has authorized the members of parliament to propose whatever they esteem appropriate, in order to improve legislation and the State’s public administration (...)”.

¹⁷¹ In this sense, he repeated: “(...) If there existed certain forms that disappeared with the new institutions, then our proposal would be superfluous, because the laws prescribe the same thing we are proposing; however, our proposal is indispensable because these forms have changed so much. Well, in order to fill this vacuum, to replace those ways that nowadays are not feasible, whatever cannot be done by other forms which are adaptable to the political system in force, this is the only aim of our proposal”.

¹⁷² “(...) Therefore our legislation (...) has regulated its exercise simultaneously with laws (...) that start with the *Fuero Juzgo*, the most ancient of our Codes, and end with the *Novísima Recopilación*”.

¹⁷³ In the answer that followed, given by Fernández Negrete, Minister of Grace and Justice, this non-compliance is denied vigorously: “(...) I assure you above all that when granting pardons, everything included in our laws is meticulously adhered to”.

¹⁷⁴ “However, in the middle of these contradictory opinions, gentlemen, there is a truth which all recognize and accept. What we have to be afraid of and we have to avoid at all costs, is the abuse of the right of pardon, something that could cause a catastrophic insecurity in the public order”.

In this line he defends in his discourse that, following the most genuine Spanish legislative tradition, a total of five unavoidable requirements or “records established by the ancient laws of our Monarchy”¹⁷⁵ can be considered to be in force. These are:

- No pardon can be granted to re-offenders of the same crime.
- The need of pardon from the offended party (“indispensable prerequisite without which no pardon can be granted”)
- Pardon does not include more crimes than the ones explicitly pointed out on the corresponding legal provision for grace.
- The pardoned person will always have the obligation to compensate for the damages caused by the crime “without Royal grace being able to free him from this obligation”.
- When granting pardon “the formalities resulting from the qualities of this prerogative and its object” have to be adhered to.

And, as he points out, despite the precision and clarity of these conditions, it is more than evident that they are constantly ignored. He encourages his listeners to take a look at the *Gaceta de Madrid* and to verify the amazing habitualness with which pardons are granted “without the party’s pardon” and without the “established, specific and constant pre-trial proceedings”, recurring to some “simple Royal orders” which in all cases ignore the constitutional necessity that the king’s action has to be approved by the relevant minister.

This is precisely the unjust situation he wants to put an end to with his parliamentary initiative. Since the “Royal prerogative on pardons is, let us say, the damper for the excessive severity of the laws; however, in order to make sure that its exercise is always useful and convenient and never arbitrary, it is necessary that the pardons are granted according to the provisions of the Constitution: subject to the laws”, if the presented proposal is accepted, there will be no doubt that from that moment on there will be a clear mandatory regulation in force thereon.

In this line, and with the reign of Isabella II becoming part of history, the university professor, among other things, Santiago Diego Madrazo, also raised his voice to join the demand for modernizing the regulating framework in force, looking for transparency. So he affirms that he is deeply convinced “of the justice and convenience of pardons” even though he assures to be willing to renounce “them gladly if the authority to grant them would have to be exercised in an absolutist manner”. In the report he defended before the members of the Real Academia de Ciencias Morales y Políticas – The Royal Academy of Moral and Political Science¹⁷⁶, he analyzes in detail the genesis of the right of pardon, as well as its existence during the centuries without avoiding, among other aspects, the questions of its basis, its authorities, the facts and the people who can be the object of such

¹⁷⁵ “(...) The records established in the ancient laws of our Monarchy that are still alive, forceful and valid, can be reduced to five (...)”.

¹⁷⁶ Diego Madrazo, S., *De la gracia de indulto*, Report read by Mr., Madrid, Imprenta de Eduardo Martínez García, 1874.

an attention, its effects or the procedure that has to followed for its execution. And, what is the most interesting for the present study, he tackles the tricky matter of the constant abuse when handling this right and the consequent need to establish limits¹⁷⁷.

In this sense, he advocates differentiating two scenarios which, in his opinion, are quite different. In the first one, pardon has to be circumscribed when “it was only an act of generosity and giving up one’s own vengeance”. In this context, only the offended was qualified to exercise the right of pardon and extend it to where he wanted to¹⁷⁸.

In the second one, precisely when the 19th century is already close to its end, the right of pardon cannot be based “on such unstable foundations”. It is necessary to articulate its exercise on the basis of reason; even “with a greater motive than the right of punishment”. He starts by admitting that courts act with a certain mechanical behaviour when doing their job, that is, when proving a criminal fact and applying the corresponding punishment. However, the same thing must not happen when it comes to granting a pardon. The person who exercises this authority has the obligation to “penetrate into the criminal’s conscience, travel the history of his aberrations, study his intellectual and affective faculties, follow him in the series of the manifestations of his repentance and appreciate the possibilities of his correction”. He leaves no doubt that the pardoner has great responsibility towards society, caused by the fact that a pardon leaves a sentence ineffective which in a liberal state is “the guarantee of everybody’s rights”¹⁷⁹, since, after all, judicial decisions are only mere representations of the sacrosanct legal rules in concrete realities.

Pursuing the question, he sustains that the arguments of the detractors of the institution are nourished when its use does not respond to this compassionate goal of “making the law’s application more just but showing to be above them”¹⁸⁰. And it is here where the inadmissibility of the behaviour of the owner of the – in his opinion – legitimate right to pardon resides. The laws have to establish the limits, beyond anything else. Only looking at the subsequent different constitutional texts of the 19th century up to that moment is enough, because, although they recognize the monarch’s right to pardon, they also include the tag “in accordance with the law”¹⁸¹. This is the essential premise.

Now, starting from the basis that there are regulatory rules for pardon in the Spanish legal system (even with the possibility to go back to the *Liber Iudiciorum*), however, the need for a new, more complete legislation, suitable for the moment, is indisputable: “The laws which, according to the constitutional precept, have to regulate the right of pardon

¹⁷⁷ In fact, he dedicates it Chapter II.

¹⁷⁸ Ibid., p. 15: “(...) the granting person, in order to be superior to common misery, only has to consult the inspirations of his heart. Compassion, although communicative, only can be graded by the person who feels it: only he can measure its force and the only criterion to establish the limits of its effects.

¹⁷⁹ Ibid., p. 17: “(...) It is only with deep pain one can contemplate that a whim, an electoral claim or a cowardly fear of the wicked cause the cancelling of a verdict”.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ As there are art. 171 of the Constitution of 1812, 47 of 1837 or 45 of its successor (even the additional Act to 56).

in our country, have not been made yet. Only indirectly do they deal with it and the right is delimited by the Penal Code, the Council of State Statutory law and that of criminal punishment for electoral crimes of June 22, 1864¹⁸².

On that same path we have to place the publication of José Ignacio Béyens' article in the *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*¹⁸³ where he is asking himself whether the authority for pardoning "is contrary to what justice's interests claim". His answer could not be clearer and more devastating: a flat no. Starting from the basis that pardon in particular and the right of pardon in general are as old as mankind itself¹⁸⁴, he gives two reasons which in his opinion sanctify its existence. In the first place, he submits the argument of sentimentality, closely linked to monarchy in its path, that is, the way it has been handled historically by its respective office-bearer has contributed to increase royalty's prestige¹⁸⁵, and the reputation of the latter, has obviously a direct effect on society as a whole. In his opinion, an adequate use of pardon on monarchy's part makes the whole country appear civilized before the eyes of the beholder.

The second reason touches directly the hackneyed argument of those who advocate its disappearance on the basis that if laws are just, they must not contain exceptions, because, if these have to be included, by definition, the laws are not well made¹⁸⁶. His refutation proceeds from the basis of defending that, since the laws are enacted in a general way, it is not possible to apply them with "absolute perfection". It is unimaginable that all imponderables could be foreseen. And exactly this impossibility justifies the need to leave open a way for correcting the unavoidable failure caused by these¹⁸⁷. This correcting door could remain in the hands of the judges, through their duty as interpreter of the rules; however, he considers it to be insufficient since, by mere political logic, it cannot be contrary to what the law prescribes. Therefore he prefers pardon to occupy this fixing space¹⁸⁸, however, "provided that it is exercised with the necessary caution and moderation".

¹⁸² Diego Madrazo, "De la gracia ...", op.cit., p. 18.

¹⁸³ RGLJ 33 (1868), p. 60-62.

¹⁸⁴ "The right of pardon was born in the primitive societies (...)".

¹⁸⁵ "It is really necessary to strangle the most natural impulses of the spirit in order to be opposed to this beautiful right of the Monarch, which gives him the means to exercise his clemency and contributes to keeping alive and even incrementing the love his people feel for him".

¹⁸⁶ "(...) If the laws are just, any pardon includes an injustice, and if they are unjust, pardon is insufficient, it would obviously be preferable to adopt the modification of the laws where this is necessary".

¹⁸⁷ "Since the laws are made to cover the general cases, they can never be applied with absolute perfection, and therefore there will be occasions when the punishment is not completely just, something that legitimizes the use of a right that exists to correct the imperfection of law (...)".

¹⁸⁸ "(...) We could say that the right of interpretation that the courts in charge of applying the laws do possess should be enough to remove this inconvenience; but we could also answer that, no matter how large the sphere is where this interpretation is stirred, it will never put itself in opposition to the law, nor carry out an investigation on the social and political causes that may affect their decisions in a transcendental way, because it will always be trapped inside the limits that have been assigned to it and which it should not cross".

Deepening in the dilemma of deciding in whose hands this exercise will remain, he has no doubt that in the Spanish legal system, leaving its concession to the courts will bring about enormous inconveniences. He says when “ (...) the afore mentioned authority is put in their hands, the natural consequences will be the rule of whims as the basis of justice. If we add that the right of pardon has its most productive application in political crimes, which circumstances might make deserving - now a rigid punishment, now a generous pardon - we have to persuade ourselves that this system is inadmissible”. After ruling out the first term of the alternative, only the second one is left, the King. As he points out, this is not without inconveniences, however, he does not doubt that it offers more advantages: “In those peoples governed by constitutional monarchies, where all Royal prerogatives are intervened by the other powers, to put it this way, the dangers of this system are much smaller”. Therefore he also demands the appropriate legal frame which, as we have already said, was about to come.

In view of this chimera, the already quoted Madrazo proceeds from an indispensable maxim: “The concession of pardon has to be the result of a tranquil and reflexive judgement”¹⁸⁹. This requirement rules out parliament as an appropriate venue, saying that “(...) it is difficult, almost impossible, that they will study the trial or biography of a culprit as patiently as the concession of a pardon requires”. Even though something similar might be true for the monarch, in his favour speaks that, since responsibility is required, although only moral, in the representative Chambers this responsibility is diluted, due to the huge number of members of parliament, whereas in the case of the king, it is centred on him, or on the respective minister who has approved his decision.

Pacheco¹⁹⁰ immediately excludes parliament as determining venue and once again plants the question whether the courts or the monarch. He also opts for the king, for various reasons, the most outstanding being that assigning it to the judges would mean “re-establishing arbitrariness as a rule in judicial matters”¹⁹¹, whereas turning to the monarch and his ministers is “the real solution of the problem (...) Thus concentrated the prerogative, granted like a constitutional right, accompanied by the precaution of responsibility that has just been mentioned, which here is possible and effective, but impossible and illusionary if it were applied by the courts, it is obvious that the obstacles disappear and a satisfactory result is found. Then it is true that when they are made as a doctrine, these cases will not be the rule but the exception (...)”¹⁹².

¹⁸⁹ Diego Madrazo, “De la gracia ...”, op. cit., p. 21.

¹⁹⁰ Estudios de Derecho ..., op. cit., p. 267ff.

¹⁹¹ It continues: (...) “The precepts would be superfluous, the laws useless, if those who are in charge of their application were also in possession of this extraordinary faculty and could disregard their letters, having this arsenal of dangerous weapons in reserve which they could use (...)”.

¹⁹² “(...) In such a case, the efficiency of the punishment stays intact, as does prevention, since one exceptional and rare act, accompanied by special circumstances, does not destroy the natural effect of the laws; and at the same time, legal justice and moral justice, which are not always at the same place, due to the imperfection of our nature, can be satisfied and fulfilled at the same time. The court meets its responsibility; the law maintains its prestige, since to some degree the judgement has been executed; society sees its bases re-affirmed; and humanity at the same time does not need to cry over errors and the imperfection of its destiny, nor feel alarmed for imposing a punishment which to its conscience was not deserved”.

However, a fine criminal lawyer as Groizard, in his commentaries on the penal code¹⁹³, could not miss the opportunity to insist that in the background of the question, there's an arm-wrestling going on between the Executive and the Judiciary, a bitter hidden fight for the controversial institution. In this sense, he reminds us that, according to the constitutional rule in force, it is the King's authority to "pardon the criminals, according to the laws". However, according to that same legal provision, the authority to apply the laws by means of civil and criminal trials corresponds exclusively to the Courts. And, in this context, having been tried and sentenced is something quite different from technically being considered a defendant. In a strict sense, the beneficial effects of pardon cannot be applied to the latter. Therefore he shows how the Executive tries to undervalue the work of the Judiciary, by enacting several Royal Decrees, trying, however to extend their pardon to them. He also censures the government's recurrent subterfuge of ordering the public prosecutor's office to give up their pending intentions for prosecution, in those cases where they want to extend their pardon. On the other hand, he praises the attitude of the Supreme Court which rejects these performances vigorously¹⁹⁴.

Years later, Concepción Arenal starts from a deep rejection of pardon, as we have seen earlier. Her shrewd irony is reflected on numerous occasions during her long speech in favour of its disappearance. And, of course, her disapproval of this institution continuing in the King's hands is even greater. So she asks herself aloud: "(...) the Head of State, who is conceded the right of pardon, is he in a state to know better than the judges the following four essential things for the administration of justice? 1. – The moral laws of humanity. 2. – The criminal laws in force. 3. – The facts that are to be judged. 4. – The special and personal circumstances of the culprit. Is it possible that anybody answers affirmatively in good faith and reliably? Is it possible that anybody sustains in good faith and reliably that the Head of State knows more about moral philosophy, philosophy of law, and legislation than the legal scholars and Magistrates, and knows the facts and circumstances better than the judges who have held the trial and examined them one by one? It is impossible to affirm this, and since this is so, nor must he sustain the right of pardon, unless it is pretended that Divine inspiration penetrates the King or the President of the Republic in the most hidden part of their conscience, that they read the mind of the culprit and know the very truth and make justice by means that other mortals lack from"¹⁹⁵.

In this line of pointing out the contradictions of this institution, she emphasizes that the legal requirement of asking the sentencing court for a report, assumes acknowledging that the King, the unlawful owner of the authority to pardon, can do everything but does not know anything, paradoxically occurring that "I have the omnipotencia and the nihil sapientia on this matter; you who do know, tell me what there is to know about this mat-

¹⁹³ Groizard, A., *El código penal de 1870 concordado y comentado por...*, II, 3rd ed., Madrid, 1924, p. 684-685.

¹⁹⁴ To such a degree that in those cases when the Public Prosecutor has received the order to give up his acts but there had been a private suitor, the Supreme Court has understood that the lawsuit can be continued without expiring the author's criminal responsibility (Verdicts of March 28, 1895 and July 23, 1896).

¹⁹⁵ Arenal, C., "El derecho de gracia...", op. cit., p. 604. On the opinion of another renowned expert in criminal law of that time, Dorado Montero, see *El derecho protector...*, op. cit., particularly p. 446-450.

ter; inform me and solve the problem of how I can overturn your verdict without a breach of justice when you have sentenced according to justice. And what is the answer? It can be done in two different ways, and it is indeed done so. If he is wrongly informed, logically the judges say: we have sentenced according to justice and without breaking it our verdict cannot be overturned; if he is well informed, and this case happens so often that it almost seems to be the rule, the Court says: our verdict can be overturned without a breach of justice, while it seems it was not according to it. All this, despite seemingly hard to believe, is the truth, and it would be ridiculous, if it were not for its sad consequences". In short, the point is that when injustice of a court decision is recognized, the first thing to do is to stop its execution and the second, to rectify the error, not by means of pardon but by means of a correct administration of justice which has to be equipped with the necessary means to do so¹⁹⁶.

And it is in this scenario full of contradictions, where the balance may incline itself either to the liberation of the third power from the control by the Executive or to the consolidation of its subjugation, when the *Ley provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto* – the temporary law establishing rules for exercising the mercy of pardon of 1870¹⁹⁷ appears, which obviously favours the survival of the institution and so sends a message of subjugation whose echo can still be noticed in our times¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Arenal, C., "El derecho de gracia...", op. cit., p. 131-13: "We have tried to prove, and consider to have achieved this aim, that the right of pardon is based on errors and therefore an element of injustice. As a mere historical fact it is an anachronism, and lacks motives which, although did not justify it, but at least in former times explained it. Far from contributing to the prestige of the power that exercises it, it can endanger it, and indeed it does so, because it demands a good use of something that in itself is not good, and it makes it assume an overwhelming responsibility, something that for all who suppose it will save it, does not exist. Cruel laws should be abolished, not mitigated with the faculty to apply them or suspend them, because blind arbitrariness cannot be the means to do justice. Personal circumstances have to be taken into consideration for the verdict and must not be known for pardon, only when turning to the judges whose judgement is revoked or modified. Thus, the basis of the right of pardon is the fiction that who exercises it knows the culprit better than those who are in charge of dispensing justice and so justice is offended by an institution that unites the irresponsible power with the highest invincible ignorance (...)"

¹⁹⁷ A good summary of its genesis can be found in Elorza Aristorena, *Consideraciones...*, op. cit., p. 196-204.

¹⁹⁸ Shortly before, the Decree of December 7, 1866 is issued (*Gaceta de Madrid* of December 11, 1866), where in its statement of purpose the need of this institution is argued, with only those objections that were derived from the abuse that had been committed, despite recognizing its interference in the actions of the Judicial Power: "As unlimited as the High Prerogative of Pardon may be conceived, common sense finds it should have a natural limit in its own foundations, and so it does (...) it has to be acknowledged as an irrefutable truth that excessive strictness would make the prerogative of pardon useless; excessive ease would make it harmful; and would also oppose it to convenience and justice. Therefore, for a long time the convenient organization of the prerogative of pardon has been desired by everyone (...) It must be assumed that the system would not soften the healthy strictness of procedure, neither in the Judges or the Courts, nor in the Public Prosecutor; however, it has to be recognized that the system could do this, and in any case, it is a disturbance of Justice's order (...) Besides this abuse, another one is beginning to emerge and has already become common, without implying less the convenient legal liberty and the government's action, however much it dresses in a plausible feeling: the one of corporate or collective petitions of pardon, and en masse, not by those who are prosecuted or punished or their relatives, but by outsiders, or associations (...)"

Curiously, not even three years had passed since its promulgation when, in the middle of the republican effervescence, this regulatory provision is repealed when the Constituent Cortes decree the abolition of the mercy of pardon for all crimes, with the exception of those of death, by means of a Law enacted on August 9th. 1873. The republican positions did take care of guaranteeing the emancipation of the courts. However, their bid did not last long, since the Decree of January 12, 1874, re-established the temporary law.

This re-establishment was justified by the doctrine, advising that its use had to be a very limited one: “when it is granted individually, with the aim of softening the strictness of some concrete punishment, of repairing injustice, responding to the feeling of commiseration of a people that is horrified by presuming the execution of a capital punishment, and when, even though the punishment has not been applied yet, subjectively its aims have already been achieved with the regeneration and the correction of the culprit”¹⁹⁹. As to the delicate question of who should be the pardoner, it was defended that “when pardon is due to circumstances of government, politics, public attraction, it should be the Executive who pardons; when the motive that recommends it is one of equity, it should be the Judiciary, represented by the Highest Court of the Kingdom; when extraordinary or eminent services are to be awarded by it, the Legislative will be in charge of the pardon”. Thus the problem of a hidden fight between the different powers of the State could be avoided. With this approach, a balance of powers was achieved where the judicial power, doubtlessly the weakest, could be reinforced²⁰⁰.

¹⁹⁹ A yearning for a limited appeal that did not come true during the whole of the 19th century and part of the 20th, as Dorado Montero states in *El derecho protector...*, op. cit., p. 449: “The right of pardoning the criminals ‘according to the law’ which corresponds to the Head of State in the way we just mentioned, can be abused and it is frequently done (...)”. See also Montes, *La pena de muerte...*, op. cit., p. 225: “There is no need to demonstrate that when exercising the right of pardon, abuse is committed and has always been committed (...)”

²⁰⁰ Jaramillo García, A., *Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870*, vol. I, book I, Salamanca, 1928, p. 408.

España y Portugal durante la segunda mitad del siglo XIX: ¿Caminos paralelos en busca de la independencia judicial?

Miguel Ángel Morales Payán
Isabel Maria dos Santos Graes

I. Introducción	75
II. La organización judicial decimonónica A organização judiciária do século XIX	83
III. Sobre la independencia del poder judicial durante el siglo XIX o su ausencia/Sobre a independencia do poder judiciário em oitocentos, ou a sua ausência.	93
IV. Conclusiones/Conclusões	102

Resumen: En el presente artículo se pretende comparar la evolución que a lo largo del siglo XIX sufre la organización del poder judicial tanto en España como en Portugal así como el grado de independencia que alcanza respecto de los otros poderes del Estado.

Resumo: O presente artigo tem por objectivo comparar a evolução da organização do sistema judiciário ao longo do século XIX, tanto em Espanha como em Portugal, bem como o grau de independência que o poder judiciário atingiu por comparação com os demais poderes políticos.

Abstract: This article has the purpose to compare the evolution of the judiciary organization the both in Spain and Portugal during the nineteenth century as well as its level of independence in comparison with the legislative and executive political powers.

I. INTRODUCCIÓN

Analizar el siglo XIX tanto en España como en Portugal es hablar de cambios. Especialmente si nos centramos en el ámbito político-organizativo. Bruscos una veces, de manera más pausada en otras ocasiones, el caso es que si comparamos el modelo heredado del siglo XVIII, una monarquía de corte netamente absolutista, con la que irrumpe en el siglo XX, otra formalmente parlamentaria en el caso de España y una república en el supuesto de Portugal (1910), incontables cosas han cambiado. Han transcurrido cien años que han dado para mucho.

Introdução: Analisar o século XIX tanto em Espanha como em Portugal implica falar em mudanças, especialmente se olharmos para o panorama político. No entanto, o modelo herdado da centúria anterior deixou as suas marcas, ao longo de um século que iniciou com a tentativa de banimento total do ideário absolutista e que só terminou em Portugal, em 1910, com a chegada da República.

1. España y el siglo XIX

Por lo que se refiere a España, a finales del dieciocho, un Borbón, Carlos IV, estaba al frente de los destinos del país. Al poco de comenzar la pasada centuria, un descendiente de aquél, Alfonso XIII, alcanzaba el trono al llegar a su mayoría de edad. Pero esta continuidad dinástica tan sólo fue aparente. Múltiples discordias por liderar el país, sin embargo, jalonarán el transcurrir del tiempo¹. Así, al esperpéntico episodio de disputa por el trono protagonizado por Carlos IV y su hijo en 1808², le siguió el súbito ascenso de José I Bonaparte, auspiciado, como no podía ser de otra manera, por su hermano Napoleón³. Una irrupción inesperada que dura pocos años. En 1814 se produce la liberación de Fernando VII de su cautiverio francés. Retorna a nuestro país recuperando las perdidas prerrogativas regias, que ejercerá, ahora sí, de manera ininterrumpida hasta 1833. Tras su muerte será su hija Isabel II la que asuma la ardua tarea de regentar España durante 35 años⁴, de los cuales, los diez primeros lo hizo sólo formalmente pues era menor

¹ Sobre esta cuestión puede consultarse cualquier manual de historia al uso. Sólo se van a destacar algunas cuestiones a tener en cuenta por la temática del artículo en cuestión.

² Nos referimos en concreto al Motín de Aranjuez y los acontecimientos que se derivaron de esta revuelta orquestada por el Príncipe de Asturias y su camarilla hacia mediados del mes de marzo de 1808. Se focalizó en la persona del valido del rey, Godoy, que acabó siendo destituido aunque también trajo consigo la renuncia al trono de Carlos IV a favor de su primogénito, Fernando. No obstante, la sucesión no iba a ser pacífica. Las maquinaciones de los partidarios de uno y otro abrieron la puerta a la intervención de Napoleón como árbitro de la contienda. No fue éste el primer intento de arrebatar el trono a Carlos IV por parte del Príncipe de Asturias. Hay que traer a colación el episodio conocido como la 'conjura del Escorial'. Acontecida pocos meses antes, durante octubre del año anterior de 1807, se cerró con su arresto como reo de alta traición, aunque después sería perdonado por su padre. El resto de los implicados en el intento de cambiar de manos la silla real, la 'camarilla' del futuro monarca (Escoiquiz, el duque de San Carlos y el duque del Infantado) fueron desterrados en cambio.

³ Las disensiones en la familia real sobre la titularidad de la Corona propiciaron la intervención del Emperador de los franceses, el cual, supo convencer a los litigantes para que, con diversas tretas, acabaran saliendo del país con destino a la ciudad francesa de Bayona, donde, en teoría, había de recibirlos para intermediar y donde, sin embargo, acabaron retenidos y abdicando de sus derechos (las llamadas 'abdicaciones de Bayona'): Fernando VII devuelve la corona a su padre Carlos IV, el cual la cede a Napoleón quien, a su vez, se la transmite a su hermano José.

⁴ A finales del año 1829 el rey Fernando VII contrajo un nuevo matrimonio, el cuarto. Hasta ese momento no había tenido descendencia. Poco después, el 31 de marzo de 1830, se promulgaba la Pragmática Sanción. Una disposición en virtud de la cual se derogaba el Auto Acordado de 1713 por el que Felipe V, el primer Borbón en reinar en España, había introducido la llamada Ley Sálica, esto es, la que impedía que una mujer pudiese ocupar el trono (ya había habido un primer intento de derogación en 1789 aunque la norma derogadora no fue publicada en su momento por lo que podía haber dudas acerca de la vigencia de aquella o no). Obviamente lo hacía desesperado por no tener hijos y ante la posibilidad de que con su flamante nueva esposa pudiera tener descendencia femenina. Esta decisión impedía, por tanto, que su hermano Carlos accediera al trono en el caso de que viniera al mundo una heredera, como finalmente ocurrió. El 10 de octubre de 1830 nació Isabel, desplazando en la línea dinástica, según el nuevo orden legislativo (o no tan nuevo porque se recuperaba la tradición castellana) impuesto, a su tío el infante Carlos. Desde ese momento y hasta el final del reinado de Fernando VII se suceden las intrigas para revertir la situación. Como éxito momentáneo se puede aludir a la derogación de la Pragmática Sanción a mediados de septiembre de 1832, coincidiendo con una grave enfermedad del monarca. La consiguiente rehabilitación del Auto Acordado de 1713 restablecía los derechos dinásticos del infante Carlos y desplazaba a Isabel. Pero la sanación del monarca trajo consigo una nueva marcha atrás. Tan sólo diez días después, el 28 de septiembre de 1832 se anula la derogación de la Pragmática Sanción que recuperaba su vigencia. Isabel, de nuevo, recobra sus derechos dinásticos. A los partidarios de Carlos, una vez taponada la vía ju-

de edad⁵. En este caso no será una defunción la que ponga fin a su reinado sino la fuerza de las armas. La reina, obligada por las circunstancias revolucionarias, abandona precipitadamente el territorio nacional formándose un Gobierno Provisional con la misión de buscar el candidato idóneo para ocupar el trono vacante. Tarea harto compleja que se materializa en la persona de Amadeo de Saboya, quien entra en Madrid en enero de 1871 para, tan sólo dos años y un mes después, acabar renunciado a la corona⁶. Un rechazo que propició un ensayo desconocido hasta entonces en la tradición política hispana: la república. Iniciativa innovadora que aún duró menos que la experiencia del regente italiano. A finales del año 1874 un pronunciamiento militar reclama, por un lado, la vuelta al modelo monárquico y, por otro, que sea en la persona del hijo de Isabel II. De este modo, al poco tiempo, Alfonso XII es coronado rey de España. Disfrutará poco de su reinado, pues morirá prematuramente en 1885 a causa de su frágil salud. La reina, embarazada cuando se produce el óbito, dará a luz a un varón seis meses después, el cual, nada más nacer, fue proclamado rey con el nombre de Alfonso XIII. Durante su minoría de edad, y hasta el comienzo del siglo XX, en concreto 1902, la regencia será ejercida por su madre, María Cristina de Habsburgo-Lorena.

Desde el punto de vista histórico-jurídico con el siglo XIX se inicia la comúnmente denominada 'etapa constitucional'⁷. Si echamos un somero vistazo al devenir del mismo podemos aludir a no menos de cinco textos jurídicos considerados de tal naturaleza, otros dos en los que este carácter se discute aunque, aplicando cierta laxitud, se les suele tener por tales y un sinnúmero de propuestas que no llegaron a entrar en vigor pero se prepararon con tal propósito. Dicho de otra manera, en la sociedad política de la época arraiga la idea de que es necesario un referente jurídico, una Constitución, que marque las pautas de la convivencia⁸. A nivel doctrinal pugnan opiniones contrapuestas sobre si

rídica, sólo les queda esperar la muerte de Fernando VII, como así acontece un año después (29 de septiembre de 1833) e intentar el asalto por la fuerza de las armas. Comienza la denominada 'primera guerra carlista' que asolará el país durante siete años.

⁵ Será declarada mayor de edad a los trece años, en 1843. Hasta ese momento se suceden dos regencias, la de su madre, María Cristina (1833-40) y la del general Espartero (1840-43).

⁶ Su proceso de elección fue muy complejo, desencadenado, entre otros daños colaterales, la guerra franco-prusiana de 1870. Contaba con pocos apoyos en el país. De hecho, su principal valedor, el general Prim, fue asesinado justo antes de que el nuevo monarca desembarcara en España debilitando notablemente su posición y animando nuevas expectativas como la de los carlistas que intentaran un nuevo asalto al trono declarándose la 'tercera guerra carlista'.

⁷ También se le conoce como 'etapa codificadora'. Y se le considera así porque a lo largo de la misma se impone la idea de renovar el ordenamiento jurídico heredado de siglos anteriores sobre la base de códigos, de "leyes de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática, articulada y haciendo uso de un lenguaje muy preciso, regulan todos los problemas relacionados con la materia unitariamente acotada". Y el ámbito político era uno de los sectores que exigían una innovación más urgente, por lo que comienzan a aflorar 'códigos políticos' o 'constituciones'.

⁸ La literatura jurídica sobre el constitucionalismo y los textos en particular es muy extensa. Dadas las características de este artículo sólo citamos alguna que creemos especialmente representativa sin ánimo exhaustivo. Así, vid., entre otros, Torres Campos, M., *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política, 1800-1880*, Madrid, 1883; Sanz Cid, C., *La Constitución de Bayona*, Madrid, 1922; Sánchez Agesta, L., *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1955; Tomás Villarroya, J., *El sistema político del Estatuto Real*, Madrid, 1968; Sevilla Andrés, D., *Constituciones y otras Leyes y Proyectos políticos de España*, 2 vols., Madrid, 1969; Tierno Galván, E., *Leyes Políticas Españolas Fundamenta-*

durante la centuria decimonónica existía una idea muy clara o no de lo que realmente esas disposiciones significaban, de su trascendencia así como de lo que debían contener. Pero independientemente de estas cuestiones de lo que no cabe duda es de que cuando el monarca, a principios de siglo, quiere mantenerse firme en los principios absolutistas ignora este tipo de normas jurídicas que ya habían aparecido en países como los Estados Unidos o Francia. En cambio, cuando se trata de superarlos, los rectores políticos recurren a la elaboración de un texto constitucional, independientemente de la suerte que luego tenga (esto es, que sea impuesto por el rey, por la fuerza de las armas, que no dé tiempo a aplicarlo...). En este sentido, hay que recordar que el primero de todos ellos, recurriendo a esa relajación antes comentada, es el Estatuto de Bayona de 1808. La nueva casa reinante en España, la bonapartista, trata de transformar la realidad política imperante y fija unas nuevas reglas de juego por medio de aquél. Texto impuesto, tachado de pseudo-constitucional, que tuvo un vigor más formal que real pues, en realidad, estuvo vigente durante poco tiempo y además no en todo el territorio nacional, circunstancia a la que había que sumar que el dominio de éste fue más militar que efectivo, lo que, en suma, impidió que su contenido se plasmara en la práctica. Lo que sí posibilitó en cambio fue que quienes luchaban por la expulsión de los ejércitos franceses de suelo hispano y, a la vez, vieron una oportunidad histórica para cambiar los designios patrios, lo tomaron como modelo para presentar los nuevos principios de gobierno que debían regir en adelante. Surge así la popularmente conocida como ‘La Pepa’, el texto constitucional de 1812 que, aunque referente europeo, no tuvo demasiada suerte en nuestro país. Rigió apenas seis años, de forma interrumpida y discontinua. Durante el reinado de Fernando VII en dos períodos distantes: el primero mientras estaba cautivo, al punto que tras su liberación y regreso al país lo abolió⁹; y el segundo durante el llamado trienio liberal,

les (1808-1936), Madrid, 1972; Fernández Almagro, M., Orígenes del régimen constitucional en España, Barcelona, 1976 (1ª ed. Barcelona, 1926); Esteban, J. de, Constituciones españolas y extranjeras, 2 tomos, Madrid, 1977; Tomás y Valiente, F., “Notas para una nueva historia del constitucionalismo español” en Sistema, 17-18, (abril, 1977), págs. 71-88; Solé Tura, J. y Aja, E., Constituciones y períodos constituyentes en España, Madrid, 1977; Martínez Sospedra, M., La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español, Valencia, 1978; Fernández Segado, F., Las Constituciones históricas españolas. Una introducción jurídica, Madrid, 1981; Farias García, P., Breve historia constitucional de España, Madrid, 1981; Clavero, B., Evolución histórica del constitucionalismo español, Madrid, 1984; Torres del Moral, A., Constitucionalismo histórico español, Madrid, 1986; Tomás y Valiente, F., Códigos y Constituciones (1808-1978), Madrid, 1989; Tomás Villarroja, J., Breve historia del constitucionalismo español, Madrid, 1990; Núñez Rivero, C. y Martínez Segarra, R., Historia constitucional de España, Madrid, 1997; Puy Muñoz, F. (Coord), Los derechos en el constitucionalismo histórico español, Santiago de Compostela, 2002; Varela Suanzes-Carpegna, J., Política y Constitución en España (1808-1978), Madrid, 2007; Fernández Sarasola, I., La Constitución de Bayona (1808), Madrid, 2007; Marcuello Benedicto, J.I., La Constitución de 1845, Madrid, 2007; Artola, M. y Flaquer Montequi, M., La Constitución de 1812, Madrid, 2008; Juliá Díaz, S., La Constitución de 1931, Madrid, 2009; Varela Suanzes, J., La Constitución de 1876, Madrid, 2009; Pro Ruiz, J., El Estatuto Real y la Constitución de 1837, Madrid, 2010; Pérez Ledesma, M., La Constitución de 1869, Madrid, 2010.

⁹ En concreto desde el 19 de marzo de 1812 (día de su promulgación) hasta el 4 de mayo de 1814 (fecha del Decreto por el que el rey Fernando VII declara no jurar el texto constitucional de 1812 ni reconocer los Decretos de las Cortes generales tanto las extraordinarias como las ordinarias declarándolos “nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos y se quitasen de en medio del tiempo...”).

1820-23, en el que, tras un levantamiento militar, se obliga al rey a jurar su aceptación¹⁰, compromiso del que se desmarca en cuanto las circunstancias políticas le son favorables, finalizando su reinado ignorando enteramente su contenido¹¹.

Muere el monarca y deja una situación política confusa. Hay dos posibles candidatos al trono: su hermano Carlos, al que apoyaban los partidarios de mantener las cosas como estaban y su hija Isabel, menor de edad y representada por su madre M^a Cristina, que trata de aglutinar a todas las tendencias, moderadas y liberales, que aspiran a cambiar el panorama político heredado. Durante los últimos años de su vida el rey ha titubeado. Ha señalado a su hermano como su heredero político en varias ocasiones sin que esta decisión fuera óbice para que, al poco, se desdijera y cambiara de opinión optando por su primogénita quien, finalmente, es la que aparece designada en su testamento como heredera de la Corona. El estado de desconcierto creado con estos vaivenes se verá agravado por las dudas jurídicas sobre la normativa vigente para solucionar el problema de la transmisión de los derechos dinásticos. A comienzos del XVIII vio la luz una norma jurídica que impedía a las mujeres acceder al trono. Disposición ajena a la tradición jurídica castellana pero impuesta por su bisabuelo. Sin embargo, a la altura del siglo XIX en la que nos encontramos no está claro que el precepto esté vigente pues en varias ocasiones se han dado pasos para su derogación. Un galimatías que se resolverá por la vía de las armas. Durante siete años, y en el marco de la llamada primera guerra carlista, el país se desangrará para, finalmente, confirmar la elección efectuada por vía testamentaria. María Cristina, en cuanto regente del país en nombre de su hija Isabel, menor de edad, tratará de aunar voluntades políticas y para ello, ofrece un pacto a las corrientes políticas dominantes por medio del Estatuto Real de 1834. Un nuevo pseudo texto constitucional aparece en escena con también mala fortuna. Tan sólo regirá durante dos años. Será desplazado por la Constitución de 1812 que, durante pocos meses¹², recupera su vigor para, finalmente, ser desbancada a su vez por un novedoso texto constitucional, el de 1837¹³. Este tratará de acercar posturas moderadas y liberales pero no lo conseguirá. Habrá una serie de puntos controvertidos, como el tema de la soberanía, la religión o la composición del Senado que, en cuanto los conservadores recuperen las riendas del gobierno, modificarán sustituyéndolo por una nueva, la de 1845. Esta tendrá más fortuna pues estará vigente (a pesar de varios intentos de modificación) hasta que finalice el rein-

¹⁰ Aunque el levantamiento se produjo el 1 de enero de 1820 se suele tomar como fecha de referencia el 7 de marzo de 1820, momento en el que el rey Fernando VII se compromete a jurar la Constitución dando lugar al posterior manifiesto del día 10 del mismo mes en el que declaraba: "... Marchemos francamente, y Yo el primero, por la senda constitucional...".

¹¹ Se suele aludir al 1 de octubre de 1823, cuando Fernando VII se declara liberado de las ataduras del texto constitucional: "... Sentado ya otra vez en el trono de San Fernando por la mano sabia y justa del Omnipotente, por las generosas resoluciones de mis poderosos aliados, y por los denodados esfuerzos de mi primo el Duque de Angulema y su valiente ejército, deseando proveer de remedio a las más urgentes necesidades de mis pueblos, y manifestar a todo el mundo mi verdadera voluntad en el primer momento que he recobrado mi libertad, he venido en decretar lo siguiente: 1º Son nulos y de ningún valor los actos del gobierno llamado constitucional (de cualquier clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el día 7 de marzo de 1820..."

¹² Desde el 13 de agosto de 1836 a consecuencia del 'Motín de la Granja'.

¹³ 18 de junio de 1837.

ado de Isabel II. Destronada por una revolución se necesita un nuevo referente político que vendrá de las manos de la Constitución de 1869. Pasada la euforia revolucionaria y restaurada la monarquía borbónica el compromiso constitucional anterior estaba fuera de lugar por lo que será sustituido por el de 1876, que marcará la senda hasta bien entrado el siglo XX.

Prácticamente todos estos textos, a excepción del Estatuto Real de dudosa naturaleza constitucional, coinciden en dedicar un título al mundo de la justicia. Pero aunque casan en premisas como las de que la justicia se administre en nombre del Rey, que a los tribunales les corresponda exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales o que los juicios en materias criminales sean públicos, no la hay en torno a la trascendental consideración como poder independiente o no. Cuestión semántica que podría parecer baladí pero que en realidad condicionará su posible sometimiento a otros poderes. De hecho, anteriormente hemos comentado cómo la Constitución de 1845 es en conjunto igual a la de 1837 aunque matizada en algunos aspectos. Y éste es uno de ellos. Su título X cambia de denominación: 'Del Poder Judicial' se pasa a 'De la administración de Justicia'. Toda una declaración de principios de la que se hacen eco sus sucesoras. Así la de 1869, que desplaza a la del 45, recupera la primera denominación para el título que dedica a la justicia, mientras que la de 1876 que, a su vez relega a ésta última, rescata la catalogación como administración y no poder.

2. Portugal em oitocentos

Portugal, por sua vez, inicia o século XIX de modo bastante revoltoso, aliás, ao longo de toda esta centúria, poucos foram os momentos de tranquilidade social e política¹⁴. Entre algumas reivindicações e o desejo de mudança, o reino exigia ao monarca que regressasse, pondo assim termo a um período de ausência que durava desde 1807, momento em que aquele decidira refugiar-se numa das antigas províncias ultramarinas, evitando deste modo um destino semelhante ao de Carlos IV de Espanha. À chegada, o monarca foi confrontado com o pedido de juramento da lei Magna que havia sido elaborada pelas Constituintes de 1821/1822. Inicia-se, deste modo, um novo ciclo na história constitucional portuguesa a que não são alheias as influências francesa, americana e sobretudo espanhola, se recordarmos o exemplo do texto de Cádiz, o qual por várias vezes foi ainda aventado para ser implementado em Portugal.

De regresso a Lisboa, o período de governação de D. João VI que agora se inicia será não só muito breve, mas sobretudo muito atormentado pelas quezílias que oporão as facções mais jacobinas às mais conservadoras e que se reflectirão nas tomadas de posição de seu filho, D. Miguel, sob a protecção de sua mãe, D. Carlota Joaquina, irmã de Fernando VII. A morte do monarca abrirá uma nova fissura política, atendendo a que muitos não aceitarão D. Pedro IV, nem tampouco D. Maria II, sua filha, como legítimos

¹⁴ Como reflexo desta realidade, teria lugar, já na segunda metade do século, o período designado por Fontismo (designação que deriva do nome de António Maria de Fontes Pereira de Melo, presidente do Conselho de Ministros entre 1871 e 1877, 1878-1879 e 188-1886), em que se verificaria um notório programa de fomento de obras públicas e modernização das infraestruturas do reino.

herdeiros ao trono, mas antes D. Miguel, desencadeando-se uma acesa guerra civil que só terminará, em teoria, em 1834, ainda que o próprio primogénito de D. João VI tenha tentado aplicar uma solução que, na sua aceção, contentará os dois pólos. Sucodem-se perseguições, exílios e prisões, independentemente da facção (absolutista ou liberal) que possa estar no exercício do poder. Estas serão, sem dúvida, também as justificações para algumas nomeações e demissões de funcionários régios, e, em particular, de bastantes magistrados.

Neste momento, e ainda que a política interna seja pontuada por alguns momentos mais delicados que apresentam, por vezes, diversos governos de brevíssima duração, a contestação será uma constante, inclusive tendo por destinatária não só a própria rainha, mas também os seus filhos e, mais tarde, o seu neto.

Afastada a euforia vintista e a letra do texto de 1822, Portugal aplica um texto constitucional que não foi debatido numa assembleia constituinte, mas que nasce da vontade de um príncipe e que reflecte o modelo decalcado do discurso de Benjamim Constant. Sob a ilusão da harmonização de poderes, adopta-se, então, o texto mais absolutista que a Europa conhecerá durante oitocentos¹⁵. A partir da década de quarenta, o modo de governação que a Carta Constitucional consagra, permite a existência de governos fortes, centralizadores e segundo a terminologia da época, ditatoriais, dado que constitucionalmente se encontravam legitimados para encerrar as Cortes (isto é, o parlamento) e governar sem qualquer oposição. Sem qualquer receio, podemos dizer que diversas são as ocasiões onde o verdadeiro governante é o ministro do Reino, ainda que subsista a aparente bicefalia governativa entre o monarca e aquele ministro. Por este motivo, verificamos, de imediato, que a ruptura que se pretendia fazer com o absolutismo setecentista não foi total. Portugal pretendia inovar, carrear os bastiões do novo ideário político-filosófico, ou seja, do liberalismo, mas ao mesmo tempo estava demasiado preso aos modelos governativos e sociais assaz feudalizantes das centúrias anteriores, insistindo em dirigir a tónica governativa para um só indivíduo. A inovação agradava, mas ao mesmo tempo era receada e, nem sempre, a transposição dos novos modelos foi feita tendo em atenção a realidade portuguesa.

Deste modo, ao nascer, o século XIX traz em si o gérmen da sua destruição. Vitimado e fragilizado pelas invasões francesas e inglesas, pela guerra civil e pelo rotativismo partidário-governativo, Portugal encerraria o século XIX no ano de 1907, com o regicídio a que se seguiria o incontornável desfecho datado de 1910, com a implantação da república. Sucodem-se seis reinados, a saber: de D. João VI, D. Maria II, D. Pedro V, D. Luís, D. Carlos e D. Manuel II, sem esquecer o fugaz período de governação de D. Pedro IV; e três regências, de D. Isabel Maria, D. Pedro e de D. Fernando II.

Tal como mencionámos, o século XIX é, sem dúvida, um período de governos despóticos que muito nos fazem recordar o período setecentista e por este motivo não obstante as várias cisões e lutas ideológicas, entendemos que um dos aspectos que mais caracteri-

¹⁵ O texto de 1826 estará vigente durante três períodos, o primeiro situa-se entre Julho de 1826 e Maio de 1828, o segundo compreende os meses de Agosto de 1834 a Setembro de 1836 e, o terceiro entre Janeiro de 1842 e 1910, tendo durante este último período sofrido três revisões em 1852, 1885 e 1896.

zou este período foi a existência de ministros do reino que mais se assemelhavam aos validos de outrora. Sob a aparência do liberalismo, oitocentos revelar-se-ia demasiado absolutista. Apesar das influências sentidas, o liberalismo português é um liberalismo de gabinete, um liberalismo onde o poder executivo associado ao poder moderador se evidencia. Afinal D. Pedro tinha criado o verdadeiro molde que se adaptava a Portugal e que distava dos pregões vintistas de cariz jacobino mais próximos do modelo montesquino.

Ante este cenário, é criado o novo direito judiciário já que uma das exigências das Constituintes de 1821/1822 era dotar o reino de um novo mapa judiciário e de uma nova estrutura orgânica do poder judiciário. As primeiras linhas da reforma jurídica e sobretudo judiciária são traçadas entre 1821 e 1832, cabendo destacar para o efeito a obra de Mouzinho da Silveira desenvolvida na ilha Terceira durante o período do governo da Regência e a acção de José da Silva Carvalho. Tendo por ponto de partida um mapa judiciário bastante caótico, onde as pequenas alterações haviam sido introduzidas em modo de retalho, o legislador vintista pretende pôr fim a uma multiplicidade de instituições e circunscrições que se entende estarem totalmente desfasadas, criando ao invés um aparelho judiciário pretensamente unitário. Todavia, o trabalho revelar-se-ia mais complexo e moroso, aliás ao longo de todo o século XIX vão sendo experimentadas novas tentativas de resolução de conflitos, auscultando-se as populações locais, ainda que na verdade a solução tenha estado sempre muito distante destas e mais próximo da sede da corte, em Lisboa.

Definido enquanto poder político, o poder judicial, tem por fim a prossecução do Bem Público, e visa aplicar a vontade geral salvaguardando os interesses individuais. Esta ratio está presente na letra da lei dos três textos constitucionais, os quais são unânimes em reconhecer a independência do poder judiciário (arts. 176º-181º, 187º-195º da Constituição de 1822; 118º-119º, 125º-131º da Carta Constitucional de 1826¹⁶ e os arts. 123º-128º da Constituição de 1838).

Abandonando algum do léxico anterior, a legislação oitocentista introduzirá a figura do juiz de direito¹⁷, de nomeação régia (arts. 168º e 123º/III da Constituição de 1822, art. 118º da Carta), seguindo a regra de exigência de formação académica (bacharelato em leis ou Cânones, e, mais tarde, em Direito pela Faculdade de Coimbra) correspondendo, em regra, a judicatura a períodos trienais ainda que o cargo fosse vitalício (arts. 179º, 182º e 185º da Constituição de 1822 e 120º da Carta) excepto, quando por motivo fundado na lei e por determinação judicial, o magistrado fosse destituído das suas funções (arts. 184º da Constituição de 1822, 122º da Carta, art. 15º 1ª Parte da RJ¹⁸). Se o texto de 1822 prevê que as propostas de nomeação cabem ao Conselho de Estado, as quais são apresentadas em listas simples, podendo o Governo rejeitá-las e mandar proceder a

¹⁶ Doravante será apenas designada por Carta.

¹⁷ Cfr. art. 272º do Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832 e art. 120º da Carta Constitucional. O texto constitucional de 1822 usava apenas a designação de juiz letrado (arts. 182º-188º) por oposição a juiz eleito (arts. 177º, 178º e 180º).

¹⁸ Trata-se da Nova Reforma Judiciária, aprovada pelos decretos de 29 de Novembro de 1836 e 13 de Janeiro de 1837.

uma nova proposta; a Carta Constitucional determina que a proposta de nomeação passe a ser feita em listas trípticas cabendo a nomeação ao Poder Executivo (art. 75º/3), por meio do Ministro dos Negócios Eclesiásticos e de Justiça.

Em suma, o Poder Judicial classificado como independente pelo legislador oitocentista será composto por juízes¹⁹ e jurados, os quais têm lugar, tanto no cível, como no crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinarem (art. 118º da Carta e art. 123º da Constituição de 1838), sendo os juízes de Direito nomeados pelo Rei²⁰ (arts. 168º e 123º/III da Constituição de 1822, art. 118º da Carta, art. 31º do Decreto de 29 de Novembro de 1836 e art. 123º da Constituição de 1838), depois de terem tomado juramento das mãos do Presidente do respectivo tribunal de segunda instância do respectivo distrito judicial designado Tribunal da Relação (art. 88º da Novíssima Reforma Judiciária²¹ e art. 62º da proposta de lei de 9 de Julho de 1887).

II. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL DECIMONÓNICA A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO SÉCULO XIX

1. España y el nuevo modelo de política judicial.

A la hora de modificar el orden judicial e intentar poner en práctica las directrices constitucionales en la España decimonónica hay tres momentos que resultan especialmente significativos: mientras que el primero se puede localizar en torno al comienzo de la segunda década del siglo, el segundo hay que situarlo en la mitad de los años treinta para, finalmente, cerrar el ciclo con un tercero que coincide con el período del comúnmente denominado ‘sexenio revolucionario’.

Por lo que hace al inicial hay que vincularlo estrechamente a la Constitución de 1812²². En realidad, el proceso comienza un poco antes, con el conjunto de disposiciones que

¹⁹ Entre os juízes encontraremos ao longo do século XIX a permanência de juízes togados e não togados, bem como os jurados, como exporemos ao longo da presente análise.

²⁰ Vid. a este respeito a posição de Manuel Borges de Carneiro, in *Diário das Cortes Constituintes* de 11 de Janeiro de 1822.

O Decreto de 22 de Setembro de 1822, ao estabelecer o Regimento do Conselho de Estado, dispõe no art. 17º que terá o Conselho de Estado “grande cuidado em propor para quaisquer cargos somente aquelas pessoas, que além da sua notória aptidão tiverem conhecido amor e firme aderência à Causa Constitucional”. Ora a propósito do provimento dos cargos da magistratura, previa o art. 10º do projecto que perencia ao Conselho de Estado propor ao rei listas trípticas. Todavia, estando em discussão o citado projecto, o deputado Bastos invocaria que os juízes devem ser nomeados pelo povo, para que “os empregos da magistratura não fossem o prémio da adulação e da intriga, ou vendidos em grosso, para se negociar em retalho; que tal questão se devia guardar para a Constituição, e que entretanto os tribunais propusessem ao rei listas triplicadas de indivíduos para ele fazer a escolha, ouvido o conselho de Estado”. Cfr. *Diário do Governo* n.ºs 213 e 215 de 1821.

²¹ Aprobada pelo Decreto de 21 de Maio de 1841 e doravante designada NRJ.

²² Vid., entre otros, González Alonso, B., “La justicia” en Artola, M., *Enciclopedia de Historia de España*, II, Madrid, 1988, pp. 343-417; Muñoz de Bustillo Romero, C., “La organización de los tribunales españoles (1808-1812)” en Cano Bueso, J. (eds.), *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989, pp. 545-561; Clavero, B., “La gran innovación: Justicia de Estado y derecho de Constitución” en Scholz, J.M. (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea* en

hacen posible tanto su aprobación como el contenido que finalmente acogerá. Especialmente significativo es el Decreto I de 24 de septiembre de 1810 por el que se declara la legítima constitución de las Cortes y su soberanía así como la división de poderes²³. Por medio de él se ponen los cimientos para la posterior construcción de todo el entramado constitucional. A éste hay que sumar otros cuantos antes de la promulgación de ‘La Pepa’ como el de 11 de enero de 1811 (XXIV) que, aunque trata de reglamentar la actuación del poder ejecutivo, excluye a éste, encarnado en el Consejo de Regencia, del conocimiento de negocios judiciales; el de 6 de agosto del mismo año (LXXXII), que pretende incorporar los señoríos jurisdiccionales a la Nación²⁴ o el de 26 de enero de 1812 (CXXIX) también conocido como Nuevo Reglamento de la Regencia del Reyno en cuyos apartados IX a XI al par que centraliza la selección de jueces y magistrados en el Consejo de Estado trata de garantizar su inamovilidad para el adecuado desempeño de su misión²⁵.

Con este escenario previo se promulga en marzo de 1812 la constitución gaditana, texto que debía ser eje vertebrador del nuevo arquetipo de convivencia, con su extenso título V dedicado al orden judicial²⁶. Una regulación que pretende dar un vuelco a la situación heredada de siglos anteriores en el mundo de los tribunales. Así cuestiones como separar al judicial de otros poderes²⁷, garantizar, a su vez, su independencia²⁸, la selección

España, Frankfurt am Main, 1992, pp. 169-188; Coronas González, S., “La justicia del Antiguo Régimen: su organización institucional” en *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, 1998, pp. 9-133; Martínez Pérez, F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, 1999; id., “Administración de justicia”, en *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, 2002; id., “La constitucionalización de la justicia (1810-1823)” en Lorente Sariñena, M. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2007, pp. 169-207.

²³ “Los diputados que componen este Congreso, y que representan la Nación española, se declaran legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias, y que reside en ellas la soberanía nacional... No conviniendo queden reunidos el Poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del Poder legislativo en toda su extensión... Las Cortes generales y extraordinarias confirman por ahora todos los tribunales y justicias establecidas en el reyno, para que continúen administrando justicia según las leyes...”.

²⁴ “... Iº. Desde ahora quedan incorporados a la Nación todos los señoríos jurisdiccionales de qualquiera clase y condición que sean. IIº. Se procederá al nombramiento de todas las Justicias y demás funcionarios públicos por el mismo orden y según se verifica en los pueblos de realengo. IIIº. Los Corregidores, Alcaldes mayores y demás empleados comprendidos en el artículo anterior cesarán desde la publicación de este decreto, a excepción de los Ayuntamientos y Alcaldes ordinarios, que permanecerán hasta fin del presente año...”.

²⁵ “IX. Nombrará los magistrados de todos los tribunales a propuesta del Consejo de Estado. X. No podrá deponer a los magistrados y jueces de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada, ni suspenderlos sino por acusación legalmente intentada. XI. Si a la Regencia llegaren quejas contra algún magistrado, y formado expediente parecieren fundadas, podrá, oído el Consejo de Estado, suspenderle, haciendo pasar inmediatamente el expediente al Supremo Tribunal de Justicia, para que juzgue con arreglo a las leyes”.

²⁶ ‘De los tribunales y de la Administración de Justicia en lo civil y en lo criminal’.

²⁷ Cfr. Arts. 242, 243, 245 o 246.

²⁸ Señala Sáinz Guerra, J., *La administración de justicia en España (1810-1870)*, Madrid, 1992, pág. 97, que: “como principio político, la independencia judicial está relacionada con la separación de poderes del Estado; la separación no implica por sí sola la independencia de los jueces pero es condición necesaria... El principio de la independencia, partiendo de la existencia del anterior (-se refiere a la separación-), tra-

de sus servidores²⁹, su inamovilidad³⁰, responsabilidad³¹, remuneración³², organización y un largo etcétera son incluidas en su articulado aunque tan sólo con carácter declarativo. En la mayoría de los casos es necesario un posterior desarrollo legislativo.

Y de este raudal de disposiciones que comenzarán a ver la luz, bien es verdad que de manera intermitente por las difíciles circunstancias que atraviesa el país, interesa incidir en dos: en los Decretos de las Cortes CLII de 17 de abril de 1812³³, por el que se crea el Supremo Tribunal de Justicia, y el CCI de 9 de octubre de 1812³⁴ o Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia. Y se pueden considerar como muy significativos porque con ellos se establece el andamiaje estructural básico del modelo de tribunales que quieren los liberales³⁵. Partiendo de la mitigación de la diversidad jurisdiccional, un molde piramidal sobre la base de tres escalones: un juez letrado de primera instancia próximo al ciudadano, unas audiencias en número limitado que supervisan la labor de estos jueces inferiores y, en la cúspide, el Supremo Tribunal de Justicia con jurisdicción sobre todo el territorio nacional y vigilante de la labor de sus inferiores jerárquicos³⁶. Todo este planteamiento, sin embargo, rápidamente se vino abajo por la decidida política de boicoteo a toda labor que oliese a liberal por parte de Fernando VII. Habrá que esperar a su muerte para que de nuevo los proyectos reformadores tomen protagonismo.

El plan bosquejado en el texto legislativo del 12 para el orden judicial no podría efectivo sin una ineludible y novedosa estructuración territorial. De hecho, su realización estaba prevista en la norma constitucional y, durante el trienio liberal, fugazmente hizo acto de aparición³⁷. Cuando desaparece de la escena política 'el Deseado', es el momen-

ta de garantizar la no interferencia del resto de los poderes en el judicial y, particularmente, la del poder ejecutivo”.

²⁹ Cfr. art. 251.

³⁰ Cfr. arts. 252 y 253.

³¹ Cfr. arts. 254 y 255.

³² Cfr. art. 256.

³³ Supresión de los Consejos antiguos: creación del Supremo Tribunal de Justicia, sus atribuciones y tratamiento, sueldo y nombramiento de sus individuos.

³⁴ Para su adecuada comprensión no hay que perder de vista el proyecto de ley sobre el arreglo de las Audiencias y juzgados de primera instancia, presentado a las Cortes generales y extraordinarias por su Comisión nombrada al objeto con fecha de 15 de mayo de 1812.

³⁵ Obviamente no son las únicas. Existen otras muchas que contribuyen a pergeñar el prototipo judicial liberal. Así, se podría aludir, entre otras, al Decreto CLI de 17 de abril de 1812 sobre Cualidades que deben concurrir en los que han de ser nombrados Ministros del Supremo Tribunal de Justicia, el Decreto CLXVIII de 3 de junio de 1812 sobre Calidades que deben tener los empleados en la judicatura, el Decreto CCXLIV de 24 de marzo de 1813 sobre las Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos, el Decreto CCLIII de 19 de abril de 1813 o Instrucción para dirimir las competencias de jurisdicción en toda la Monarquía y el Decreto de 13 de marzo de 1814 o Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia. Para un listado minucioso vid. Sáinz Guerra, *La Administración...*, ob. cit., pp.79-81 y 387-389.

³⁶ Esta estructuración básica no impide la consecución de otro de los objetivos de los liberales: la participación ciudadana en la administración de justicia por medio de vías como el arbitraje o el jurado, de manera directa, o la conciliación ante los alcaldes, como ruta indirecta.

³⁷ Por el Decreto de 14 de enero de 1822 España se divide en 52 provincias. No obstante, dada su breve vigencia, no llegó a los dos años, su puesta en práctica apenas fue efectiva.

to oportuno para recuperar el proyecto de una nueva división territorial que contribuya a arreglar, entre otras cosas, el desorden en la administración de justicia. Apenas han transcurrido poco más de dos meses desde el fallecimiento real y se promulga el Decreto de 30 de noviembre de 1833 por el que el territorio nacional se divide en provincias³⁸. En seguida, otros dos ultiman el nuevo esquema jurisdiccional: con fecha de 26 de enero de 1834 se promulga el que contiene las normas de la nueva distribución de la planta de las Audiencias y el 21 de abril del mismo año el que subdivide las provincias en partidos judiciales.

Las demarcaciones, el área de influencia de los nuevos tribunales ya está pergeñado. Ahora es necesario dotarlos de contenido y centrarse en sus protagonistas, en los jueces y magistrados y, para ello, se promulgan los Reglamentos para la administración de justicia en la jurisdicción ordinaria (26 de septiembre de 1835) y el del Tribunal Supremo de España e Indias (17 de octubre de 1835) junto a las Ordenanzas para todas las Audiencias de la Península e Islas adyacentes (20 de diciembre de 1835)³⁹. Para conseguir la ansiada independencia judicial había que actuar, sobre todo, en distintos ámbitos directamente relacionados: el proceso de selección de jueces y magistrados⁴⁰, su discutida inamovilidad (traslados, suspensiones o ceses) y la consiguiente responsabilidad⁴¹. La Constitución de 1812 ya lo había prevenido. Y las citadas disposiciones de los años treinta desarrollaron estas cuestiones. Sin embargo, no lograron un marco estable y clarificador⁴², un estatuto de la judicatura que garantizara esa libertad de actuación a salvo de las presiones de los otros poderes, especialmente del ejecutivo. Éste acabó estableciendo mecanismos para seguir controlando, directa o indirectamente, los ingresos en el orden judicial; igualmente, mediatizó el asunto de la inamovilidad y la responsabilidad se convirtió más en un referente moral que en una exigencia real.

La encarnizada lucha política decimonónica impidió que se lograra un pacto entre todas las tendencias que pusiera a salvo esta premisa independentista en la que la mayoría de las fuerzas políticas estaban de acuerdo, sobre todo, en el plano teórico, pues se quería la misma una vez se hubiesen dotado las plazas de jueces simpatizantes con línea de gobierno imperante. Existía un notable temor entre la clase política a dejar pasar la oportunidad de establecer una novedosa planta orgánica en la que sus inéditos inquilinos no

³⁸ Ahora su número se fijará en 49.

³⁹ Sobre esta cuestión, vid. Lorente, M., "Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica" en Scholz, J.M. (ed.), *El Tercer Poder...*, ob. cit., pp. 215-295.

⁴⁰ Roldán Verdejo, R., *Los jueces de la Monarquía Absoluta. Su estatuto y actividad judicial*. Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII, La Laguna, 1989; Paredes, J., *La organización de la Justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial (1834-1870)*, Madrid, 1991.

⁴¹ Vid. al respecto, entre otros, Sáinz Guerra, *La Administración...*, ob. cit., pp. 96-152; Álvarez Cora, E., *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, 2002, especialmente pp. 56-86; Aparicio, M.A., *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, 1995, especialmente pp. 19 y ss.

⁴² Un sinfín de normas fueron apareciendo a lo largo de todo el siglo, regulando sólo cuestiones parciales, condicionadas en su contenido por la tendencia ideológica del gobierno de turno. Para su detalle puede verse la bibliografía citada anteriormente.

fuesen adeptos. De ahí las constantes perturbaciones gubernamentales que se agravaron con otras manipulaciones más burdas como la tolerancia para que los alcaldes administraran justicia, con la creación de una jurisdicción contencioso-administrativa donde quienes resolvían las disputas eran subordinados gubernativos⁴³, con la exigencia de autorización gubernamental para poder procesar a los empleados públicos por acciones cometidas en el ejercicio de sus funciones y con el uso indiscriminado de la gracia del indulto⁴⁴. Incluso, cabe apuntar otra andanada desde el legislativo concretada en la posibilidad de administrar justicia por parte del Senado⁴⁵.

El tercer momento capital en el devenir del desarrollo legislativo de los principios liberales en el mundo de los tribunales coincide con el ‘sexenio revolucionario’⁴⁶. El Decreto de 6 de diciembre de 1868, estableciendo la unidad de fueros, comúnmente se considera como el pistoletazo de salida para una serie de medidas que, por fin, entrarán de lleno y con paso firme en la reforma del orden judicial. Junto a éste⁴⁷, la Constitución de 1869 se constituye en un pilar esencial. Contiene un bloque normativo denso volcado en la consideración del orden judicial como un verdadero poder, como ya advierte el rótulo del propio título VII⁴⁸. No obstante, llegado el momento de su desarrollo, éste se produjo de

⁴³ Vid. Garriga, C. y Lorente, M., “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración” en Garriga, C. y Lorente, M., Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional, Madrid, 2007, pp. 313-369.

⁴⁴ Sobre esta cuestión vid. Morales Payán, M.A., “La independencia judicial hacia la mitad del siglo XIX: de la teoría a la praxis”, en prensa.

⁴⁵ Vid., entre otros, Bertelsen Respetto, R., El Senado en España, Madrid, 1974; Coronas González, S.M., “El Senado como tribunal de justicia” en AAVV, Actas del IV Symposium de Historia de la Administración, Madrid, 1983, pp. 159-196; “Senado constituido en tribunal de justicia. Causa del ex ministro de Fomento D. Agustín Esteban Collantes y de los señores Mora, Beratarrechea y Luque, sobre supuesto acopio de 130.000 cargas de piedra para obras públicas” en RGLJ 14 (1859), pp. 483-485 y Nieto, A., “Causa del Sr. Collantes: ¿drama o farsa?” en Muñoz Machado, S. (eds.), Los grandes procesos de la Historia de España, Barcelona, 2002, pp. 359-386.

⁴⁶ Lorente Sariñena, M.; Martínez Pérez, F.; Solla Sastre, M.J., Historia legal de la justicia en España (1810-1978), Madrid, 2012, pág. 273: “A partir de 1868 se establecieron los pilares de un mundo distinto, también –y sobre todo– en la concepción de lo judicial”.

⁴⁷ Obviamente esta afirmación no se puede mantener en términos rotundos pues hay que tener presentes otros textos legales anteriores como la Ley de 11 de abril de 1868 que fijaba “las bases para formar y poner en ejecución, en su día, una ley completa y definitiva de organización y competencia de los tribunales del fuero común y para reformar, entre tanto, la organización actual y para la formación de otra ley de Enjuiciamiento criminal; haciéndose, mientras se plantea ésta, las reformas que el Gobierno considere de mayor urgencia” o los Decretos de 13 y 16 de octubre de ese mismo año que, en pos de la reestructuración de los tribunales de fuero común, posibilitaron la supresión de la jurisdicción contencioso-administrativa en el marco de los Consejos provinciales y el Consejo de Estado y su inserción en la órbita del Tribunal Supremo. Sobre esta cuestión puede verse Fernández Torres, J.R., La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868), Madrid, 1998.

⁴⁸ En la decidida línea de ahondar en la preservación de su independencia frente a la injerencia de otros poderes hay que citar, más allá de este título, el artículo 30, por el que se elimina el hasta entonces ineludible plácet del ejecutivo para procesar ante los tribunales ordinarios a los funcionarios públicos contribuyendo de manera. En esa misma senda y al amparo de este marco normativo, hay que sumar la Ley provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto de 18 de junio de 1870 que, si bien no destierra esta institución del ordenamiento jurídico como pedían algunas prestigiosas voces de la época, si controla y limita el uso indiscriminado por parte del ejecutivo y la Ley de Enjuiciamiento criminal de 22 de Diciembre de 1872 que acaba con la intromisión de los alcaldes en la administración de justicia en el

forma apresurada y con un mismo común denominador: “a pesar de su dispersión, prácticamente todas las decisiones que desde 1869 en adelante se adoptaron tuvieron como objeto el elemento personal del aparato judicial. Además, iban en su conjunto dirigidas a lograr el mismo objetivo: regular el procedimiento y los criterios de selección de los jueces”⁴⁹. Y, en este contexto de búsqueda de la emancipación judicial ocupa un lugar relevante la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870⁵⁰.

2. Portugal e o novo modelo de política judiciária

Se três foram os textos constitucionais (1822, 1826 e 1838)⁵¹, é necessário todavia olhar para um universo assaz vasto de legislação ordinária para podermos compreender como se encontrava regulado o direito judiciário português no que diz respeito à organização judiciária e ao estatuto jurídico dos diversos actores judiciais durante o século XIX.

Podemos identificar como dois os momentos cronológicos determinantes, ou seja, de 1820 a 1841 e de 1841 até 1910. O primeiro está associado ao período revolucionário ou de legislação revolucionária, em que esteve presente uma fase de transição entre o governo absolutista de D. João VI e D. Miguel, sem esquecer o brevíssimo reinado de D. Pedro IV e a primeira fase do governo de D. Maria II sendo uma fase que já classificá-mos em outros trabalhos como sendo de experimentação⁵², dada a sucessiva apresentação de modelos jurídicos que foram propostos. No que diz respeito ao segundo período, temos frequentemente adoptado a designação de cartista para o caracterizar, muito embora seja entrecortado, de modo efêmero, pelo texto constitucional de 1838. Entre 1841 e 1910, identificamos a existência de dois subperíodos, um de molde cabralista, em fun-

âmbito penal.

⁴⁹ Lorente y otros, *Historia legal...*, ob. cit., pág. 275

⁵⁰ Ibid. pág. 277.

⁵¹ Sobre as temáticas constitucionais da primeira metade do século XIX, vid., entre outros, Azevedo, Luiz Manuel Prado d', *Discursos parlamentares de Borges de Carneiro, Fernandes Thomaz, Ferreira Borges, Garrett, José Estêvão, Passos Manuel, etc.*, Escritório da Empresa, Porto, 1878; Carneiro, Manuel Borges, *Portugal Regenerado em 1820*, Lisboa, Typografia Lacerdina, 1820; Carvalho, José Liberato Freire de, *Ensaio Histórico Político sobre a Constituição e o Governo de Portugal*, Paris, 1830; Costa, Rodrigo Ferreira da, *Cathecismo político do cidadão portuguez segundo o systema da constituição da monarchia portugueza*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1823; Ferreira, Silvestre Pinheiro, *Projecto de código geral de leis fundamentais d'uma monarchia representativa*, Officina de Casimir, Paris, 1834; *Manual do cidadão em um governo representativo ou princípios de direito constitucional, administrativo e das gentes*, Rey et Garvier, Paris, 1834; *Breves observações sobre a constituição política da monarchia portugueza*, Rey et Gravier, Paris, 1837; *Projecto de código político para a nação portugueza*, Rey e Gravier, Paris, 1838; Garrett, J. B. de Almeida, *Discursos Parlamentares*, Empreza da Historia de Portugal, Lisboa, 1904; Martins, J. P. de Oliveira, *Portugal Contemporâneo*, Lello e Irmão Editores, Porto, 1981; Praça, J. J. Lopes, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826*, Imprensa Litterária, Coimbra, 1878; *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e o Acto Adicional de 1852*, Coimbra, Imprensa Literária, 1878; *Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1893; *Collecção de leis e subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1893; Reis, José Alberto dos, *Sciencia politica e Direito Constitucional*, Coimbra, Imprensa Académica, 1907 e Rocha, Manuel António Coelho da, *Ensaio sobre a legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio*, 2ª ed. Imprensa da Universidade, Coimbra, 1843.

⁵² Vid. Graes, Isabel, *O poder e a justiça em Portugal no século XIX*, AAFDL, Lisboa, 2014.

ção da tónica que o ministro do reino, António Bernardo da Costa Cabral, lhe imprimiu e o segundo que coincide com a fase pós cabralista e que apresenta contornos governativos mais moderados.

A data de 1841 é igualmente um marco fundamental no que diz respeito à construção e implementação de novos quadros ou formatos jurídicos, sabendo, contudo, que ainda que viessem a ser alterados, permitiram o estabelecimento da base não só do mapa judiciário, mas também da estrutura orgânica do poder judiciário.

Fazendo eco deste novo ideário que vai sendo apresentado e introduzido em Portugal, está presente um conjunto de vozes com as de Manuel Fernandes Tomás, Ferreira Borges, Silvestre Pinheiro Ferreira, Bento Pereira do Carmo, Serpa Machado, entre tantos outros. Entre os conceitos mais debatidos encontramos as noções de soberania, representação, vontade popular, mas sobretudo as de independência e separação de poderes. A propósito deste último, enquanto a primeira constituição portuguesa instaura a separação rígida da tripartição de poderes, a Carta de 1826 procede a uma conjugação equilibrada dos mesmos permitindo a existência de um quarto poder - o moderador. Na verdade, tal como antevimos anteriormente, a realidade portuguesa de oitocentos, ao invés de espelhar um quadro de separação estanque de poderes, consagrou um tipo de divisão de poderes onde a tónica incidiu inquestionavelmente numa entidade bicéfala: o rei que representava simultaneamente o poder moderador e o poder executivo. A independência entre os poderes políticos era, sem dúvida, um objectivo que se impunha atingir, pelo menos para os teóricos como o revela o discurso de Silvestre Pinheiro Ferreira, em Portugal, e de Ramón Salas, em Espanha.

Por este motivo, o art. 30º do mesmo texto de 1822 enumeraria os três poderes políticos: legislativo, executivo e judicial evidenciando na sua parte final que cada um seria regulado de modo que nenhum pudesse arrogar as atribuições do outro⁵³. A vigência deste articulado seria efémera, sendo, logo em 1826 substituído pela Carta Constitucional de 1826 que consagrava o modelo político quadripartido de Constant (art.11º). Mais tarde, e pelo período de cerca de quatro anos, a Constituição de 1838 retomaria no texto do art. 34º a tese clássica da tripartição de poderes.

Ante este quadro constitucional, o legislador ordinário com vista a estruturar o novo cenário político-judiciário porá em marcha um conjunto de medidas que substituirá os alicerces institucionais que haviam marcado o ancien regime como é o caso, exemplificativamente, da Casa da Suplicação e do Tribunal do Desembargo do Paço.

Seguindo um pouco a linha jacobina, as primeiras medidas dirigem-se para o estabelecimento do mapa judiciário que se dizia estar caótico e completamente desajustado, visto que as últimas reformas datavam de 1790-1792. O início do século XIX ainda assistiria a algumas tentativas de „renovação“ do modelo judiciário, presentes no texto da Súplica dirigido a Junot, assim como nas Instruções de 8 de Abril de 1808, no Decreto de 9 de Maio do mesmo ou ainda nos primeiros actos legislativos vintistas. A mudança im-

⁵³ Recorde-se que esta posição tinha já sido consagrada pelo art. 23º das Bases da Constituição assinadas em 9 de Março de 1821.

punha-se, mas apresentava-se de difícil concretização. Assim, muito embora a primeira medida legislativa tenha sido introduzida pela lei de 2 de Novembro também de 1822 ao estabelecer a nova organização judiciária, o regresso ao Absolutismo, em Junho de 1823, adiaría imperativamente por cerca de uma década a implementação de quaisquer alterações ou a redacção de novos textos.

O primeiro modelo reformador será apresentado pelo grande artífice do poder judiciário português, Mouzinho da Silveira, em 1832, com a chamada “Reforma Judiciária” a que se seguiram a “Nova Reforma Judiciária” de 1836-37 e a “Novíssima Reforma Judiciária” de 1841. Com forte pendor centralizador e seguindo de perto a linha francesa, o texto do antigo ministro de D. João VI e homem de confiança do Regente tomou a forma do Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832 sendo complementado pelo Decreto n.º 27, de 19 de Maio seguinte e por vários Decretos de Abril-Maio, Junho e Dezembro de 1833. O modelo acabaria não só afirmar o poder do Estado face aos poderes locais, mas também terminar com os inúmeros privilégios do ancien regime não deixou de apresentar diversas falhas, e em 1836-1837, sob a influência do governo liberal neo-vintista de Sá da Bandeira e de Passos Manuel entra em vigor a Nova Reforma Judiciária, apenas dois anos volvidos da assumpção do poder por parte de D. Maria II. Em 1841, entra em vigor um novo texto, intitulado, Novíssima Reforma Judicial⁵⁴, o qual se manteria em vigor por várias décadas vindo a caracterizar, em muitos aspectos o modelo judiciário do século XX.

Os três textos mantêm a divisão territorial em distritos, comarcas e julgados, bem como o Supremo Tribunal de Justiça, na qualidade de órgão supremo do poder judiciário que havia sido introduzido em 1822.

De igual modo eram igualmente conservadas, no Continente do Reino, as Relações de Lisboa e Porto, cada uma com um presidente e mais vinte juizes e nos Açores, a de Ponta Delgada composta pelo presidente e mais seis juizes. Era ainda mantido um quarto tribunal da Relação, em Goa que datava de 1544. Em cada uma das comarcas do continente, visto que a Nova Reforma permitia o “regresso” à comarca como base da divisão territorial nas circunscrições judiciárias, exercia funções um juiz de Direito o que aconteceria também nas que se estabelecessem nas ilhas. Frise-se ainda que, especialmente na vigência do diploma de 1841, as comarcas são formadas por círculos de jurados e tribunais de polícia correcional tendo o número daquelas assim como o de julgados sido consideravelmente modificado, elevando-se as primeiras a mais de uma centena e estes a 416 no Continente e Ilhas.

⁵⁴ Cfr. o Decreto de 16 de Maio de 1832, a Novíssima Reforma Judiciária in Collecção de Decretos e Regulamentos publicados durante o Governo da Regência do Reino estabelecida na Ilha Terceira, desde 15 de Junho de 1829 até 28 de Fevereiro de 1832, Primeira Série, segunda edição aumentada de muitos diplomas, Imprensa Nacional, Lisboa, 1836, p. 102; e a Collecção oficial da legislação portuguesa redigida por José Máximo de Castro Neto Leite e Vasconcelos, Lisboa, Imprensa Nacional, 1856. Vid. ainda Novíssima Reforma Judiciária: publicada por Decreto de 21 de Maio de 1841: em virtude do disposto na Carta de Lei de 28 de Novembro de 1840: precedida da mesma carta de lei, Tipografia de J. A. S. Rodrigues, Lisboa, 1841.

Não se limitando à regulação da organização judiciária territorial, a Novíssima Reforma dispunha ainda acerca do estatuto da magistratura e da organização do processo civil e criminal, de direito comercial e de direito fiscal, o que não impedia contudo que ainda fosse feito um uso constante das Ordenações Filipinas e da numerosa legislação avulsa. Apesar de bastante inovadores e completos, qualquer um destes textos legislativos não contempla todas as necessidades sentidas pelo reino e, por este motivo, ao longo da segunda metade de oitocentos vão-se sucedendo diversas medidas, de modo a tornar o mapa judiciário mais adequado às necessidades que se faziam sentir. Tal como anteriormente, os critérios seguidos davam a conhecer entre os motivos preponderantes para as modificações do mapa judiciário: o número de habitantes; a distância existente entre as freguesias; as dificuldades nas comunicações; a existência de limites naturais que impedisse a união de localidades; ainda que sobressaíssem sobretudo os favorecimentos políticos de pendor pessoal.

Paralelamente aos diplomas já mencionados, são de salientar o Decreto de 24 de Outubro de 1855; as Leis de 26 de Julho de 1856, 27 de Junho de 1867, 16 de Abril de 1874; o decreto ditatorial (n.º 3) de 29 de Março de 1890 e o Decreto de 12 de Julho de 1895. Uma última palavra para referir as propostas de Adriano Machado (1880) e Veiga Beirão (1886) que ainda que não tenham vindo a ser aprovadas, exerceram uma grande influência na construção do arquétipo judiciário português, como é o caso do texto de 1886 que se revelou como a matriz dos estatutos judiciários do século XX.

Para efeitos de uma apreciação genérica, podemos dizer que em 1822, o mapa judiciário do Continente do Reino totalizava 44 comarcas e nove províncias; número que seria alterado para 40, em 1832; aumentando, exponencialmente, em 1841, para 116; em 1874-76, para 160; apresentando apenas uma ligeira quebra em 1896, para um total de 172 comarcas.

Importa referir que ao longo do século XIX, o legislador ordinário veio a criar várias jurisdições especiais, como a militar, comercial e administrativa para as quais sempre importou um tipo de metodologia que conjugava o modelo liberal imposto na restante Europa com as tradições portuguesas e a vontade governativa, mais ou menos centralizadora.

Especial destaque deve ser dado à criação do Supremo Tribunal de Justiça (STJ)⁵⁵, em 1833, muito embora a sua consagração constitucional estivesse prevista logo no art. 191º

⁵⁵ Sobre o Supremo Tribunal de Justiça e o estatuto da magistratura oitocentista, vid. Graes, Isabel, O poder e a Justiça em Portugal ... e A permanência de velhos vícios, sob o mito de novos tempos. As opções judiciais de D. Pedro, Duque de Bragança (1832-1834) (no prelo). Sobre a história do Supremo Tribunal de Justiça, vd. ainda Conselheiro José Duarte Machado Ferraz, *Commentários á lei de 19 de Maio de 1832, sobre a competência do STJ*, Lisboa, 1940; Conselheiro José Duarte Machado Ferraz, *Commentários á lei de 19 de Dezembro de 1843, que tracta das novas atribuições concedidas ao STJ*, Lisboa, 1844; Conselheiro José Araújo Correia de Lacerda, sob o pseudónimo de J.F. Neves, *Repertório dos acórdãos do STJ*, 1852; Conselheiro Adriano de Abreu Cardoso Machado, *Um brado contra os calumniadores da magistratura*, Porto, 1860; Conselheiro António de Azevedo Melo de Carvalho, *A revolta*, Lisboa, 1863; Eduardo Dally Alves de Sá, *Supremo Tribunal de Justiça, Evolução histórica desta instituição e apreciação de sua essência e modo de ser actual*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1872; António Viana, *Documentos para a história contemporânea. José da Silva Carvalho e o seu tempo*, 2 vols., Lisboa, Imprensa Nacional,

da Constituição de 1822. O modelo português será influenciado pelo congénere francês e espanhol, respectivamente da Cour de Cassation e do Tribunal de reposición de la España Josefina definido no Estatuto de Baiona de 6 de Julho de 1808 e na Constituição de Cádiz. Ultrapassada a discussão parlamentar seria, então, consagrado no texto constitucional a criação em Lisboa do Supremo Tribunal de Justiça, composto por juizes letrados, nomeados pelo Rei, donde um desempenharia as funções de presidente, e outro as de vice-presidente. A nomeação régia não resultava do arbítrio do monarca, estando ao invés dependente de proposta do Conselho de Estado efectuada em listas trípticas, nos termos do Regimento do Conselho de 25 de Novembro de 1821 como salientava o legislador da Constituição de 1822 (arts. 191º e 123º C.1822); ou tirando os letrados das Relações por suas antiguidades nos termos do art. 130º, conforme dispunha o legislador da Carta no art. 75º/3 e 11. A respeito da nomeação dos conselheiros do STJ, o legislador ordinário oscilava entre atribuir este acto à competência do Governo (art. 12º do Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832), art. 1º § 1 da 1ª Parte da RJ; ou do monarca (art. 8º NRJ). Momentos cruciais da história desta instituição serão traduzidos pelos diplomas de 1832 e 1843 que tratam da sua competência e os textos de 1836 e 1844 que regulam respectivamente acerca do número de membros que compunham este tribunal e do novo regime de transferências, antiguidade e aposentação dos magistrados de segunda instância.

Diversos foram os textos que consagraram a criação do Supremo Tribunal de Justiça, designadamente, a Carta Constitucional (art. 130º), o Decreto n.º 24, de 16 de Maio (art. 4º), a Nova Reforma (art. 1º da RJ, 1ª parte) e a Novíssima Reforma pelas mesmas circunstâncias que levaram a que houvesse uma delonga na aplicação do novo mapa judiciário, também no caso do STJ, houve que esperar até 1833 para que o Decreto de 30 de Julho procedesse efectivamente à extinção da Casa da Suplicação e quatro dias depois outro decreto extinguiu o Tribunal do Desembargo do Paço. O estabelecimento do STJ na capital do Reino só ocorreria a 14 de Setembro do mesmo ano, ex vi de um decreto da mesma data, tendo anteriormente aquele que viria a ser o seu primeiro presidente (José da Silva Carvalho)⁵⁶ recordado o Regente da necessidade imperiosa da sua criação.

1891-1894; Rodrigo Veloso, *Perfis forenses*, 1910; Conselheiro Pinto Osório, *Figuras do passado*, Lisboa, Typographia José Bastos, 1915; Conselheiro Pinto Osório, *No campo da Justiça*, Porto, Imprensa Comercial, 1914; Conselheiro Eduardo José da Silva Carvalho, *Dos recursos nas Relações e no STJ*, Porto, 1919; Jaime Pinto Osório, *Palavras de gratidão e de saudade*, Porto, 1921; Jaime Pinto Osório, *Uma nobre figura de magistrado*, separata do *Almanaque de Ponte de Lima*, 1927; Augusto Cardoso Pinto Osório, *Conselheiro João Franco e Conselheiro Pinto Osório. Dois documentos*, Viana do Castelo, 1933; Conselheiro Caetano Gonçalves, *Supremo Tribunal de Justiça, Tribunal e Justiça*, memória histórico-crítica no primeiro centenário da sua fundação (1832-1932), Coimbra, Imprensa da Universidade, 1932; Comemorando o 1º centenário do STJ, Lisboa, Tipografia Couto Martins, 1933; Conselheiro Eduardo Azevedo Soares, *Supremo Tribunal de Justiça, seu estabelecimento, presidentes e demais juizes conselheiros, procuradores geraes da coroa e fazenda (hoje da República)*, secretários-directores geraes, Vila do Conde, edição do Autor, 1938; Conselheiro Bernardo de Sá Nogueira, *Da Casa del Rei ao STJ. Contributos para a sua história*, Lisboa, INCM, 1995.

⁵⁶ Sobre os primeiros presidentes do STJ, vid. Graes, Isabel, *Ante a criação de um novo tribunal: Os primeiros presidentes do Supremo Tribunal de Justiça e Camarinhas*, Nuno, José da Silva Carvalho, in *Figuras do judiciário*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 17-52 e 53-67.

Ante o exposto, podemos concluir que se no período anterior a 1841, a característica que mais sobressaiu foi a tentativa de encontrar e aplicar em Portugal um modelo judiciário que respondesse ao conceito de liberalismo político e que estava longe da mera transposição de modelos estrangeiros, ao longo da segunda metade da mesma centúria verificou-se uma política de desenvolvimento dos alicerces consagrados em 1841 e que a voluntas de cada governo impôs não já sob a égide revolucionária de influências jacobinas, mas numa linha moderada, ou seja, tanto quanto a Carta o permitiu. Como veremos a tão almejada independência do poder judiciário ou a sua ausência, só pode ser compreendida se conjugarmos os modelos adoptados para o mapa judiciário e para a construção do estatuto jurídico dos magistrados e funcionários judiciais.

III. SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL DURANTE EL SIGLO XIX O SU AUSENCIA/SOBRE A INDEPENDENCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM OITOCENTOS, OU A SUA AUSÊNCIA.

1. España

Por lo que hace a España, superado el modelo absolutista al franquear su primer tercio, transcurre el siglo con cierta desorientación y desgana, con un sinfín de normas que dan varios pasos adelante y otros tantos hacia atrás, con incontables proyectos que no llegaron a puerto y otro cúmulo que aunque se hicieron realidad fueron incumplidos⁵⁷. Para que haya un giro de timón harto llamativo hay que esperar a que aparezca en escena tanto la Constitución de 1869 como la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870⁵⁸, que surge a su amparo⁵⁹. Y son textos claves porque, como señala Fernán-

⁵⁷ Sáinz Guerra, La Administración..., ob. cit., pág. 117: "Indudablemente, el mal de fondo estaba enraizado en el propio régimen constitucional liberal que, sobrepasados los años cincuenta, aún no se había logrado implantar con la suficiente autoridad y pureza. Progresistas y moderados pertenecían a una misma familia política que carecía de normas duraderas para gobernar en un aspecto tan delicado como era la Administración de Justicia. Las Constituciones sucesivas no habían sido respetadas y aunque en ellas estaba prescrito el mecanismo adecuado, se promocionaban procedimientos dilatorios con la pretensión de desarrollar los principios de la norma suprema. Todo ello, a sabiendas de que la verdadera solución debía pasar por un acuerdo recíproco que partiera del establecimiento definitivo de la organización de los tribunales y su personal".

⁵⁸ Serván, C., Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamiento, 1868-1873, Madrid, 2005.

⁵⁹ Aunque la Constitución de 1837 trataba de profundizar en la senda de una justicia independiente, en la práctica, fue inoperante. Valgan las palabras de denuncia del reconocido jurista Gómez Becerra, A., Observaciones sobre el estado del poder judicial en España, Madrid, Imprenta del Colegio nacional de sordos-mudos, 1839, pp. 58-59, a este propósito: "No es este Poder judicial el que quiere la Constitución –se refiere a la de 1837–, porque no es independiente, y porque careciendo de esta cualidad esencial, no es un verdadero Poder político. Tener al Poder judicial despojado de los caracteres esenciales, que le da la Constitución, es un quebrantamiento continuo y permanente de la propia Constitución, y de la promesa de guardarla y hacerla guardar, que se ha hecho y repetido, con el sello de la religión del Juramento. Resulta de esto una usurpación notoria, por parte del Poder ejecutivo y si no son absolutamente dos los Poderes que restan, en vez de tres, que establece la Constitución, a lo menos, ha crecido el uno, con mengua del otro, y se han destruido el nivel y las líneas divisorias ... Hemos dibujado un cuadro, triste y opaco, por cierto, pero, por desgracia, sencillo y verdadero del estado que tiene el Poder Judicial en España...".

dez Segado⁶⁰, la verdadera independencia judicial en este período sólo se podía conseguir por dos caminos: “el primero, de tipo negativo, destruyendo el régimen administrativo que se había esbozado por los Ministros de Isabel II, y el segundo, de carácter positivo, reorganizando la Judicatura”⁶¹.

En este sentido, se puede afirmar que la Constitución marca las líneas generales y la ley de 1870 las concreta⁶². A los efectos de este estudio resulta especialmente significativo el artículo 95 del texto constitucional que entra de lleno en la cuestión de la independencia por la puerta de la inamovilidad de jueces y magistrados. Según su tenor, éstos no podrían “ser depuestos sino por sentencia ejecutoria”. Hasta ahí el precepto era previsible pues, como señala Sáinz Guerra, había que terminar, al menos en teoría, con las innumerables interferencias de los distintos movimientos políticos, caracterizados por su propia inestabilidad y pobreza ideológica, que traían de la mano unos “favoritismos que imponían un determinado personal a capricho del partido o del Ministro de turno”⁶³. La deposición, en manos ministeriales, era un instrumento brillante para obtener adhesiones inquebrantables. Quitarle esta herramienta suponía toda una declaración de intenciones. Sin embargo, no la erradicaba como en principio podía parecer. Todo lo contrario, la introducía con un añadido notablemente perturbador: la deposición podía venir de la mano de un “Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros”. Bien es verdad que con previa consulta al Consejo de Estado⁶⁴ y a tenor de lo que se dispusiera “en la mencionada ley orgánica”⁶⁵ todavía por aprobar. La puerta, de nuevo, se dejaba entreabierta.

A pesar de los buenos propósitos teóricos, en la práctica, la reestructuración de la justicia seguía sin poder zafarse de la tutela del ejecutivo⁶⁶. A todas luces era una traición a las proclamas ideológicas defendidas por el proceso revolucionario⁶⁷. Se intentó vender a la opinión pública con el recurrente argumento de que era una exigencia para poder dar estabilidad a la organización judicial. Pero, realmente, se borraba de un plumazo la posible inamovilidad judicial⁶⁸. Era pura contradicción, máxime cuando al articulado con-

⁶⁰ Fernández Segado, *Las constituciones históricas...*, ob. cit., pág. 317.

⁶¹ Se hace eco de las palabras de Carro Martínez, A., *La Constitución española de 1869*, Madrid, 1952, pág. 136.

⁶² Solla, J., “Finales como principios: desmitificando la Ley Orgánica de tribunales de 1870” en *Anuario de Historia del Derecho Español* LXXVII (2007), pp. 427-466.

⁶³ *La Administración...*, ob. cit., pág. 117.

⁶⁴ Este órgano se considera clave para garantizar que las decisiones del ejecutivo en estas materias no sean arbitrarias.

⁶⁵ Añadía el art. 95 que: “... Tampoco podrán ser trasladados sino por Real Decreto expedido con los mismos trámites; pero podrán ser suspendidos por auto de Tribunal competente”.

⁶⁶ Díaz Sampedro, B., *La politización de la justicia: la designación de los magistrados del Tribunal Supremo (1836-1881)*, Madrid, 2005.

⁶⁷ Serván, C., “Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869” en Lorente Sariñena, M. (coord.), *De justicia...*, ob. cit., pág. 374: “Tampoco en materia de inamovilidad se blindó a los jueces y magistrados frente a las intervenciones ejecutivas. La Constitución no es, en este caso, ni innovadora ni rompedora con el precedente, pues era una práctica constante de la justicia isabelina...”.

⁶⁸ Sáinz Guerra, *La Administración...*, ob. cit., pág. 119.

stitucional había que sumar la disposición transitoria segunda que ponía en manos del gobierno una libertad omnímoda para hacer y deshacer a su antojo hasta tanto se aprobase la ley orgánica de tribunales⁶⁹.

En este sentido subraya Serván⁷⁰ que es verdad que “en la definición de los poderes que contiene la Constitución de 1869 no hay lugar para las conjunciones. Legislativo, Ejecutivo y Judicial se enuncian sin intersecciones, al menos en lo que a la atribución de sus funciones se refiere”. Y es precisamente por esta escrupulosidad teórica por la que “el principio de independencia judicial se entendía como uno de los grandes progresos que el texto constitucional traería a la práctica jurídica”. No cabía ninguna duda de que esta independencia debía ser operativa “no sólo en el campo de las competencias sino, especialmente, en el de la organización judicial”. De ahí que la primera exigencia competencial, según afirma, se garantizara “con el requisito de la exclusividad en la atribución de la potestad judicial”. Pero la segunda, la orgánica, en cambio, en la práctica acabó “relativizada y moderada”, siendo uno de los grandes desencantos del texto⁷¹.

La clave estuvo en que no se pudo, o no se quiso, poner fin a la intromisión del ejecutivo. Es cierto que se dieron pasos en pos de su limitación pero aún así su injerencia fue notable⁷². En este sentido basta traer a colación el Decreto de 3 de julio de 1869 que se promulgó con la pretensión de desarrollar el contenido de los artículos 94 a 97 del texto constitucional. Serván⁷³, aguda analista de la cuestión, recalca que si algo hay que resaltar de esta disposición no es tanto “la parte de la Constitución que aplica sino, precisamente, la que deja inoperante”. El intervencionismo gubernativo que rezuma en cuestiones tan delicadas para la consecución de la independencia judicial como son las relativas a la entrada, ascenso e inamovilidad en la carrera judicial fue tal que tuvo que ser derogado tan sólo doce días después de ver la luz⁷⁴, optándose, como alternativa menos mala, por rehabilitar viejas disposiciones que se daban por superadas⁷⁵. A esta indeterminación, a esta política titubeante, se pensaba que sólo se le podría poner fin promulgando de una vez la “ley orgánica” demanda por el texto constitucional⁷⁶.

⁶⁹ “Hasta que, promulgada la ley orgánica de Tribunales, tengan cumplido efecto los artículos 94, 95, 96 y 97 de la Constitución, el Poder Ejecutivo podrá dictar las disposiciones conducentes a su aplicación en la parte que sea posible”.

⁷⁰ Serván, C., *Configuraciones...*, ob. cit., pág. 373.

⁷¹ Es necesario subrayar cómo el art. 94 permitía que el Rey nombrara libremente hasta la cuarta parte de magistrados de las Audiencias y del Tribunal Supremo.

⁷² Recordar, como hace Sainz Guerra, *La Administración...*, ob. cit., pág. 120, que, “una vez publicada la Constitución de 1869 y bajo el ministerio de Ruiz Zorrilla (progresista), se procedió a un serie de destituciones que, en lo referente a jueces de primera instancia, alcanzó la cifra, solamente entre agosto y septiembre, de ciento treinta y nueve”.

⁷³ Serván, *Configuraciones...*, ob. cit., pág. 375.

⁷⁴ Decreto de 15 de julio de 1869 derogando el de 3 de julio relativo al nombramiento, traslación, ascenso y reparación de los Magistrados y Jueces de la Península é islas Baleares y Canarias.

⁷⁵ Decretos de 29 de diciembre de 1838 y de 7 de marzo de 1851.

⁷⁶ Que curiosamente y en función de esta indeterminación llevará el calificativo de provisional. Recuerda Serván, *Configuraciones...*, ob. cit., pág. 377 que el contenido de la ley no llegó a debatirse en las Cortes; simplemente se discutió si se otorgaba o no autorización al gobierno para su “establecimiento provisio-

Calificada como “el acontecimiento normativo más importante de la historia de la justicia del constitucionalismo moderno en España”⁷⁷, la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, aún dentro de la profunda convicción por garantizar la independencia del poder judicial, tampoco acabará con la intervención gubernamental. Se le reconocen dos grandes virtudes. Frente a la vigente regulación reglamentaria y decretista, dispersa y fragmentada, el dotar “de rango de ley al orden judicial”. En segundo lugar, el que lo haga con un texto completo, en el sentido de que contiene “en una misma disposición toda la organización de la estructura judicial y de su personal”⁷⁸. En cambio, se le reprocha su carácter contradictorio. En este sentido, subraya Aparicio⁷⁹ que el ejemplo más revelador de su paradójica contradicción aparece pronto: en su artículo segundo, en el que tratando de delimitar la función jurisdiccional a la tradicional afirmación de que le corresponde “la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales” le añade, como ruidosa novedad, “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. Esto significa, en su opinión, un elemento de soberanía que en realidad resulta ser una “ficción” pues los tribunales por definición no ejecutan sino que ordenan la ejecución⁸⁰.

Pero será precisamente esta singularidad, la inclusión de principios contrapuestos como éste, la que, desde su perspectiva, garantizará su supervivencia, en la medida en que según la tendencia política gobernante se acentuarán unos u otros. De ahí que durante más de cien años sobreviva y, además, lo haga bajo regímenes y tendencias políticas muy diversas a pesar de haberse intentado su derogación en numerosas ocasiones⁸¹.

nal”.

⁷⁷ Lorente y otros, *Historia legal...*, ob. cit., pág. 277.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Aparicio, *El status...*, ob. cit., pág. 113.

⁸⁰ Para Sobremonte Martínez, J. E., *Indultos y amnistía*, Valencia, 1980, pp. 241-242, la propia configuración de los tribunales que establece esta ley de 1870, consiente en su actividad de aplicación de la ley, al menos en supuestos concretos, que lo que no le esté permitido hacer a los tribunales le sea concedido al poder ejecutivo. Y toma como ejemplo el caso de los indultos: “Para comprender la función judicial, que, aunque atenuada ejerce el poder ejecutivo, hay que tener en cuenta la configuración de los Tribunales españoles en su actividad de aplicación de la Ley; pues ésta es heredera de la concepción de Montesquieu, según la cual el Juez es la ‘Bouche que prononce les paroles de la loi’, o, ‘êtres inanimés qui ne peuvent moderer ni la force ni la rigueur de la loi’, que se corresponde a la definición de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictada en el mismo año de 1870 e inspirada en los mismos principios. Según esta concesión, lo que no está permitido hacer a los Tribunales le es concedido al poder ejecutivo que en definitiva aplica ‘derecho’ o más concretamente un ‘principio de justicia’ que debe definirse como el de la convivencia de que la estricta aplicación del derecho positivo no traiga como consecuencia –la calificación social de perjuicios mayores que los que se ocasionarían si la condena no fuera cumplida o atenuada. Se reserva de este modo el poder ejecutivo una de las funciones más excelsas del Poder, como es de la de hacer justicia, hacer lo justo, lo más conveniente en cada caso concreto”.

⁸¹ Lorente y otros, *Historia legal...*, ob. cit., pág. 278: “A pesar de la distancia contextual y temporal, en cambio, la LOPJ compendia los elementos básicos por los que identificamos a nuestra justicia actual. Formalmente porque se trataba de una ley elaborada por Gracia y Justicia, pero una ley orgánica al fin y al cabo, lo cual nos aproxima al poder judicial como un orden cuyo diseño es disponible dentro del marco constitucional, clausurando la concepción de la justicia como infraestructura, indisponible, de todo el orden constitucional. Materialmente, porque el aparato judicial y el diseño del juez eran ya los de la administración de justicia que conocemos...”.

En esta línea contemporizadora, nos interesa fijarnos en la cuestión de la inamovilidad. De nuevo recurrimos a Serván⁸², quien nos muestra cómo la desarrolla, fiel a su espíritu, con un doble rasero: de modo absoluto para quienes ingresaran según todas las exigencias previstas por la ley y con carácter relativo para quienes ya formaban parte de la magistratura. Así, mientras que éstos deben superar una valoración de su trayectoria profesional a manos de una ‘Junta de clasificación’ creada ex profeso⁸³, con la parcialidad inherente a su composición y ejercicio de sus funciones⁸⁴, los primeros, salvo el cupo reservado constitucionalmente por el artículo 94 al Rey, habían de ser seleccionados mediante el sistema de oposición que debía garantizar tanto la adecuada preparación de los aspirantes como la obstrucción a cualquier intento de cooptación. Precauciones reforzadas tanto por la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Supremo que se le ofrecía a quienes “teniendo un derecho perfecto y determinado para ingresar o ascender en la carrera judicial fueran pospuestos indebidamente”⁸⁵ como por la necesidad de dar cuenta de los nombramientos al Ministerio Fiscal para que emitiese su opinión “acerca de si han sido hechos con arreglo a la Constitución y a las leyes”⁸⁶.

Cabe subrayar también el arbitrio de significativas medidas profilácticas en pos de evitar arbitrariedades en materia de inamovilidad (destituciones, traslados, suspensiones y jubilaciones) lo que se tradujo en un enorme avance⁸⁷. Pero todo ello no es óbice para insistir en que en el tema de la selección de los jueces se entremezcla la posibilidad de elegir a los que objetivamente se consideren idóneos junto a los que desde el punto de vista del rey, es verdad que en proporción limitada, se estimen adecuados a los que hay que sumar aquellos otros a los que el gobierno da el visto bueno para que sigan con sus quehaceres. Una mezcolanza que cabe interpretar en clave de futuro, una inversión a largo plazo, que pone de manifiesto la complejidad de la tarea de liberar de tutelas al poder judicial. Se libra una dura batalla entre hacer realidad unos asépticos postulados teóricos en los que prácticamente todos coinciden con una compleja herencia recibida junto a la toma de conciencia de que en la práctica, si los miembros de la magistratura no están de acuerdo con los principios políticos reinantes, son un arma muy eficaz para su parálisis.

⁸² Configuraciones..., ob. cit., pág. 377.

⁸³ La disposición transitoria V exige que esté compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo; un Consejero de Estado en la Sección de Gracia y Justicia, elegido por la misma Sección; el Fiscal del Tribunal Supremo; dos diputados nombrados por el Gobierno; un magistrado del Tribunal Supremo nombrado por su Sala de gobierno; un magistrado de la Audiencia de Madrid nombrado también por su Sala de gobierno; un catedrático de derecho de la Universidad Central nombrado por el gobierno; dos abogados del Colegio de Madrid nombrados por su Junta de gobierno y un oficial del Ministerio de Gracia y Justicia, nombrado por el Gobierno, que debía hacer las veces de secretario sin voto.

⁸⁴ La libertad del ejecutivo es extraordinaria dado que además de que la redacción del informe podía ser muy laxa, textualmente tampoco le resultaba vinculante dado que la disposición transitoria VII establece que “el Gobierno con vista del dictamen de la Junta, resolverá lo que estime procedente”.

⁸⁵ Cfr. art. 180.

⁸⁶ Cfr. art. 183.

⁸⁷ Especialmente el art. 9 (“No podrá el Gobierno destituir, trasladar de sus cargos ni jubilar a los Jueces y Magistrados sino en los casos y en la forma que establecen la Constitución de la Monarquía y las leyes. En ningún caso podrá suspenderlos”) junto a los arts. 221-244 (Título IV ‘De la inamovilidad judicial’).

En esta dialéctica, pocos años después y ya en plena vorágine republicana, se da un nuevo paso adelante en la independización teórica del poder judicial con la publicación del Decreto de 8 de mayo de 1873. Tres afirmaciones de su exposición llaman especialmente la atención:

- La tajante convicción de que “la arbitrariedad en la designación y remoción de los funcionarios públicos” es “causa dolorosamente eficaz de graves perturbaciones en el régimen del Estado”.
- La necesidad de una “profunda reforma” de la Ley provisional “si ha de afirmarse la plena independencia del Poder judicial”.
- En consonancia, la necesidad de dictar la presente disposición para, por un lado, hacer que “la ley se cumpla en lo relativo al nombramiento, ascenso, traslación y separación de funcionarios del Poder judicial, sin el dañoso arbitrio del Ministro” y, por otro, “deshacer las ilegalidades que en este punto hayan podido cometer las administraciones anteriores”.

Aparicio⁸⁸, otro destacado especialista en la cuestión, refiere que como novedad significativa presentaba la propuesta de desplazar al Consejo de Estado en las tareas selectivas de personal. Con la nueva regulación sería el Tribunal Supremo el que tendría la “competencia exclusiva en la proposición individual de los casos de nombramiento y ascenso con carácter vinculante para el Gobierno”. Elocuente proclama de la convicción de dar protagonismo a jueces y magistrados en las tareas de autogobierno. Su eficacia, sin embargo, fue efímera. No transcurren siquiera cinco meses cuando, alegando graves dificultades en su aplicación práctica⁸⁹, se toma la decisión de retirarle buena parte de las facultades otorgadas⁹⁰.

La precariedad republicana dio paso a la Restauración, que rápidamente puso fin a sus innovaciones en el ámbito judicial, especialmente por lo que a la selección e inamovilidad de los jueces y magistrados se refiere⁹¹. Desde la óptica del presente trabajo hay que destacar al menos dos notas especialmente significativas en este largo período que se extiende hasta bien entrado el siglo XX. Por un lado, el modelo que plantea el nuevo referente constitucional, el texto de 1876. Si bien, como declaración de principios, el título dedicado a la justicia suprime el término ‘poder’ y recupera el añejo concepto de ‘administración’, en su desarrollo “tampoco difirió gran cosa la regulación constitucional restauradora en relación con los textos constitucionales anteriores”⁹². Quizá su aportación más característica fue la de marcar una serie de líneas muy genéricas que requerían de un posterior desarrollo legislativo. Y, en coherencia con esta demanda de leyes complement-

⁸⁸ El status..., ob. cit., pp. 125-126

⁸⁹ Decreto de 3 de octubre de 1873.

⁹⁰ Aparicio, El status..., ob. cit., pág. 126: Ahora “... se pasaba a una propuesta en terna con selección final del Ministro”.

⁹¹ Especialmente mediante los Decretos de 23 de enero de 1875 mediante los que se establecen nuevas bases para las declaraciones de inamovilidad de los Magistrados y Jueces y se dictan reglas para la provisión de los cargos del orden judicial y del Ministerio fiscal.

⁹² Aparicio, El status..., ob. cit., pág. 137.

tarias, en lugar de promulgar una nueva mantuvo vigente la Ley provisional para la organización del poder judicial del año 1870. Sufrió algunos retoques, se introdujeron algunas otras novedades legislativas pero básicamente los cimientos eran los mismos⁹³. Como resultado final, había jueces y magistrados a los que se les garantizaba su inamovilidad mientras que a otros tantos no.

La segunda nota esencialmente relevante es que, durante este largo período, tiene lugar un proceso de funcionarización de los servidores de la Administración del Estado⁹⁴. Y es, en ese contexto, en el que el personal al servicio de la justicia obtendrá ciertos beneficios entre los que se incluían garantías de inamovilidad⁹⁵. Objetivo cumplido.

2. Portugal

Observada a descrição da primeira metade de oitocentos em Espanha, concluímos que pouco divergiu do cenário que seria apresentado pelo reino vizinho. De facto, a vontade que tinha caracterizado o espírito dos homens que fizeram a revolução de 24 de agosto de 1820 e que haveria de estar presente nas primeiras Constituintes, no sentido de cortar os laços com o regime absolutista, ficaria muito aquém do esperado, até porque o modelo de governação adoptado pelo Ministro do Reino se revelou, na maioria dos casos, mais próximo dos protótipos centralizadores.

Tal como antevimos nas passagens anteriores, o legislador constitucional português do século XIX ao consagrar o princípio da divisão de poderes não o identificou com uma separação estanque. A divisão pressupunha uma harmonização, devendo ser dado um papel de destaque ao poder moderador introduzido pela letra da Carta Constitucional de 1826, mas sobretudo a possibilidade de permitir uma ténue e pretensa fiscalização de uns poderes sobre os outros. Todavia, entendemos que esta nem sempre se concretizou dada a frequência dos períodos ditatoriais, ou seja, rapidamente verificamos que ao longo de oitocentos se assiste a um efeito perverso da divisão de poderes sendo convolado o *pouvoir d'empêcher* num dever de colaboração. Por este motivo, e tal como explicaremos em seguida, é nosso entendimento que o princípio político da independência que deveria caracterizar o judiciário foi frequentemente ferido. Aliás a centúria tinha nascido sob a égide da máxima que entendia que o juiz era a mera boca que proferia a lei, pelo que um claro temor de magistraturofobia esteve e estaria sempre presente. Por este motivo defendemos que o quadro do aparelho judiciário oitocentista ainda que tenha sido te-

⁹³ En este sentido, cabe subrayar cómo se promulga una Ley Adicional a esta disposición con fecha 14 de octubre de 1882. Una relación de todas las normas promulgadas puede verse en Lorente y otros, *Historia legal...*, ob. cit., pp. 455 y ss.

⁹⁴ Delgado Rincón, L.E., "La configuración de la Administración de Justicia como parte de la Administración pública durante el siglo XIX español (análisis de algunos aspectos que influyeron en el proceso de burocratización de la justicia)" en *Revista de Estudios Políticos* 98 (1997), pp. 221-238.

⁹⁵ Aparicio, *El status...*, ob. cit., pág. 157: "La conclusión de este largo periplo no dejó, pues, de volver a ofrecer nuevas paradojas: hasta la Ley Provisional Orgánica los principios constitucionales sobre la inamovilidad judicial decían no aplicarse por la ausencia de leyes de desarrollo; después de ella y de la ley Adicional, prácticamente todos los Decretos que regulaban el mundo judicial o fueron independientes de ellas o fueron directamente ilegales".

cido pelo vintismo seria desconstruído ao longo do período cartista, uma vez que no seu lugar, a Carta ofereceu uma nova organização judiciária adaptada, ou antes remendada e cerzida pelos seus artesãos.

Vociferado nas câmaras parlamentares e nos textos doutrinários, o princípio da independência do judiciário foi constantemente defendido⁹⁶, estando associado aos princípios da irremovibilidade, inamovibilidade, estabilidade e perpetuidade, mas a realidade mostraria, ao invés um poder que foi estrangulado e dominado. Tal como defendemos de modo detalhado⁹⁷, se oitocentos nasce com o anseio de reforma e sobretudo de reformas estruturais, não podemos deixar de concluir que este foi e é um mito, dado que não querendo ferir as estruturas endeusadas do estado liberal assente na divisão de poderes e na hegemonia de um poder legislativo, o modelo que vingou, conduziu de facto à confirmação da expressão de Stolleis ao invocar que a lei é o governante que nunca dorme, correspondendo, no caso português, esta lei, à vontade do poder executivo, ao invés da vontade genérale. Não pretendemos esquecer as mudanças que foram operadas, porque elas existiram, não à maneira jacobina ou revolucionária, „moderada“, tal como moderador, foi o Poder que se destacou. Este seria, sem dúvida, o liberalismo português que se perpetuaria até novecentos, e em muitos aspectos até ao presente.

Para que seja possível compreender a crítica que aqui deixamos, revisitaremos, sumariamente, o estatuto da magistratura que esteve vigente entre os anos de 1820 e 1926.

Desde 1822 que os constituintes deixaram ao legislador ordinário a tarefa de dispor sobre o estatuto jurídico da magistratura, revogando assim os preceitos que o estado moderno e absolutista havia tecido, mormente no livro I das Ordenações Filipinas. Ante a discussão sobre o modo de selecção dos magistrados, enumerando-se a eleição, cooptação e nomeação, rapidamente se optou por este último, sendo conferida ao monarca que seguia assim as listas que o governo lhe fazia chegar. Da concessão de graça e mercê régias concedidas arbitrariamente pelo governante até 1820, a que se associava o carácter temporário do exercício do cargo, pelo menos até serem atingidos os lugares ocupados nos tribunais superiores, verificamos que muito embora o actual juiz de direito só pudessem ser removido por determinação de uma sentença judicial, na verdade a sua progressão na carreira estava dependente da meritocracia à causa liberal, de um nepotismo gritante, afecto ou à participação beligerante decorrente do desembarque em Pampelido, ou uma maior ou menor proximidade a um dos ministros do reino que desempenharam funções após 1834, circunstância que delegou, inúmeras vezes, para segundo plano o princípio da antiguidade, tal como a própria lei de 21 de Julho de 1855 o previa também. Paralelamente, e porque apenas datou da segunda metade de oitocentos a adopção do método de selecção por concurso que veio a ser aplicado nas categorias subalternas⁹⁸, foi mantida a

⁹⁶ Salientam-se Manuel Fernandes Tomás, Manuel Borges de Carneiro, Agostinho José Freire, Domingos António de Sousa Coutinho e Manuel Castello Branco, entre tantos outros.

⁹⁷ Vid. o nosso trabalho, *O poder e a Justiça em Portugal no século XIX*.

⁹⁸ Cfr. a Lei de 1 de Julho de 1863; as Portarias de 2 de Fevereiro de 1847 e 18 de Janeiro de 1867; os Decretos de 3 de Março de 1858, 22 de Outubro de 1862, 6 de Abril de 1865, 23 de Agosto de 1866, 14 de Maio de 1868, 1 de Outubro de 1869, 18 de Novembro de 1869, 7 de Dezembro de 1871, 7 de Setembro

prática de remeter um pedido ao Monarca ou ao Ministro dos Negócios Eclesiásticos e de Justiça com o fim de obter o devido provimento no cargo.

De igual modo, o regime de transferências que seria implementado, veio permitir que fossem alcançadas soluções mais obscuras. Assim, a promoção de um magistrado dependia, sobretudo a partir do mesmo diploma de 1855 da categoria da comarca. Desta forma, para evitar que um magistrado ascendesse na carreira, bastava alterar a classificação da comarca. Se, neste caso, o mesmo magistrado recusasse a nomeação, era colocado no quadro por tempo indeterminado, não auferindo qualquer tipo de remuneração. Tudo não passava de uma manobra habilidosa de controlo do poder executivo. Deste modo, e sob a falsa ideia de uma promoção, residia a aplicação de uma pena ou enclausuramento de um magistrado. Outra solução era dada por meio do envio de magistrados para lugares que pela distância a que se encontravam da capital do reino, eram vistos mais como o cumprimento de uma pena do que o reconhecimento e atribuição de uma promoção. Note-se que tudo era feito sob a égide da lei, tal como o pretendia o legislador de 1 de Agosto de 1844 ao determinar que não só os magistrados de 1ª instância, mas também os de 2ª instância passariam doravante a estar sujeitos ao triénio que caracterizava, em regra, o período de judicatura, ou seja a permanência numa comarca⁹⁹; tornando-os tão amovíveis como os funcionários da Procuradoria-Geral da Coroa.

Paralelamente, as baixas remunerações e o regime de concessão de licenças sempre dependente da vontade do Ministério dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça que não escondia o desejo de funcionalizar o magistrado, como várias vezes António Bernardo da Costa Cabral o enunciara, são aspectos conducentes ao que entendemos ser a configuração de debilidades do estatuto jurídico vigente.

De igual modo, o regime da aposentação que deveria representar uma garantia do poder judiciário, sendo entendido como uma consequência normal do percurso de vida de um funcionário, ao qual se impunha manter a dignidade não só do próprio, mas também do cargo, acabaria por reflectir uma considerável dependência do Judiciário face ao Executivo¹⁰⁰. Ou seja, ainda que as listas de magistrados que solicitavam a aposentação por motivos de idade avançada fossem submetidas a consulta junto do STJ, tendo os diplomas de 1849 e 1855 tentado evitar as arbitrariedades governamentais neste domínio, sempre que não houvesse consenso naquele órgão, era dada ao Governo a última palavra. Ou seja, por efeitos de articulação legislativa, o governo poderia sempre interferir placidamente, conduzindo a uma solução diversa da que tinha sido lavrada no parecer

de 1882, 16 de Setembro de 1886 e o Regulamento de 17 de Dezembro de 1868. Sobre as disposições que regulam o modo de recrutamento, cfr. os arts. 31º e 32º da Parte I da Reforma Judiciária de 1837 e os arts. 119º§6 e 139º da Novíssima Reforma Judiciária.

⁹⁹ Ainda sobre as transferências, vid. os arts. 20º e 89º da Novíssima Reforma Judiciária, assim como as leis de 1 de Julho de 1843, 18 de Agosto de 1848 e o Decreto de 29 de Março de 1890.

¹⁰⁰ Sobre o regime da aposentação, cfr. a Carta de Lei de 2 de Novembro de 1822, os decretos de 24 de maio de 1832 (art. 287º), 15 de Junho de 1870, n.º 1 de 17 de Julho de 1886 e n.º 1, de 29 de Março de 1890, bem como as leis de 9 de julho de 1849 (completada pelo regulamento de 24 de Agosto do mesmo ano); 21 de julho de 1855, 11 de setembro de 1861 e de 15 de Julho de 1885.

do Supremo Tribunal de Justiça que funcionava administrativamente quer na consulta deste tipo de procedimentos, quer no caso das transferências.

A este aspecto deve, por último, ser associada a ausência de conselhos superiores disciplinares, aos quais competiria a apreciação das sindicâncias que eram efectuadas aos juizes e que remontavam ao período moderno.

O século XIX assiste, assim, à constituição de uma carreira judicial, hierarquizada e funcionalizada, o que leva algumas vezes mais extremistas, como é o caso de Silvestre Pinheiro Ferreira¹⁰¹, a indicar aqui também uma ausência de independência interna. Se é verdade que a estruturação das carreiras não permite, por si só, falar de uma total administratização ou politização do judiciário, tampouco se pode defender a autonomia daquelas. Por todos estes aspectos de natureza orgânico-funcional, o Poder Judiciário esteve submetido ao Executivo que não hesitou em aproximar o estatuto jurídico do magistrado ao regime do funcionário hierarquizado e dependente da estrutura da Administração Pública, situando-se assim muito distante da independência traçada na teoria constitucional.

Se em termos orgânicos, esta era a realidade do poder judiciário que claudicava ante os demais poderes políticos, também a própria estrutura dos tribunais enunciada na lei constitucional, em particular, o Supremo Tribunal de Justiça se revela como uma instituição que não vê ser-lhe reconhecido o poder de fiscalizar a lei nem de uniformizar a jurisprudência; podendo, inclusive, as suas próprias decisões, em grau de recurso de revista ser afastadas, até 1843, pelos tribunais de segunda instância. Ainda que fosse um tribunal de cassação como o seu congénere francês, o legislador português nega-lhe, todavia, o instrumento que ao primeiro era concedido- o *référé législatif*.

IV. CONCLUSIONES/CONCLUSÕES

A grandes rasgos se puede considerar que a lo largo del siglo XIX en España se van a ensayar cuatro modelos de justicia diferenciados sin solución de continuidad:

¹⁰¹ Cfr. Ferreira, Silvestre Pinheiro, *Projecto de código geral de leis fundamentais d'uma monarchia representativa*, Officina de Casimir, Paris, 1834; *Manual do cidadão em um governo representativo ou princípios de direito constitucional, administrativo e das gentes*, Rey et Garvier, Paris, 1834; *Observações sobre a constituição do império do Brazil e sobre a Carta Constitucional do reino de Portugal*, 2ª ed., Rey et Gravier, J. P. Aillaud, Paris, 1835; *Projecto de código político para a nação portuguesa*, Rey e Gravier, Paris, 1838; *Questões de Direito Público e Administrativo*, Lisboa, Typographia Lusitana, 1844. Sobre o mesmo tema, vid. ainda REIS, José Alberto dos, *Sciencia politica e Direito Constitucional*, Coimbra, Imprensa Académica, 1907; *Organização Judicial*, imprensa Académica, Coimbra, 1909; ; Praça, J. J. Lopes, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826*, Imprensa Litterária, Coimbra, 1878, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e o Acto Adicional de 1852*, Coimbra, Imprensa Literária, 1878; *Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1893 e *Collecção de leis e subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1893-1894. Entre a doutrina mais recente, recordamos, Homem, António Pedro Barbas, *Judex Perfectus*, Almedina, Coimbra, 2003 e Otero, Paulo, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, *Instituições politicas e constitucionais - I*, Almedina, Coimbra, 2007.

- El propio y característico del Antiguo Régimen con el que comienza el siglo; ligado directamente a los intereses de la monarquía absoluta donde la soberanía la encarna el rey y, por supuesto, no hay división de poderes, por lo que su perfil es confuso.
- Un segundo en el que al orden judicial se le considera simplemente como una desmembración del poder ejecutivo¹⁰². Un texto como la Constitución de 1845, donde el propio título dedicado a los tribunales se denomina ‘De la administración de justicia’¹⁰³, resultaría profundamente revelador¹⁰⁴.
- Aquél que trata de configurarlo como un poder independiente aunque en la práctica haya cierta dependencia del ejecutivo. Quizá la Constitución de 1869 y la ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870 sean las normas más significadas. Si bien se pretende un ámbito funcional emancipado la estructura orgánica, en cambio, queda sometida al control gubernamental¹⁰⁵.
- Finalmente, durante la breve experiencia republicana, en la que se da un paso más en esa ansiada aspiración a ser un poder independiente real, tratando de romper la supervisión gubernativa en el ámbito orgánico. Para tal fin será esencial el desplazamiento del Consejo de Estado, órgano eminentemente administrativo, por el Tribunal Supremo, institución genuinamente judicial¹⁰⁶.

Distintos enfoques a la hora de configurar el mundo de los tribunales de justicia pero una premisa común. Acertadamente lo sintetiza Aparicio¹⁰⁷ de la siguiente manera “no hubo, por tanto, razones de índole normativa para explicar ni la interinidad, ni la ine-

¹⁰² Gómez de La Serna, P., “Del poder judicial, de sus relaciones con los demás poderes y de las condiciones o deberes de los que lo ejercen” en RGLJ 35 (1869), pág. 145: “... Algunos publicistas reconocen sólo como necesarios dos poderes, o si se quiere, dos manifestaciones del poder en la constitución de los pueblos: el legislativo, que crea leyes porque ha de regirse la sociedad, y el ejecutivo, que cuida de su cumplimiento: aquél es cabeza, el pensamiento que dirige; éste la acción, el brazo que ejecuta...”

¹⁰³ A pesar de que el artículo 69 reproduce literalmente el 66 de la Constitución de 1837 en materia de inamovilidad judicial.

¹⁰⁴ Solla, M^a J., “Justicia bajo administración (1834-1868)” en Lorente Sariñena, M., (coord.), De justicia..., ob. cit., pp. 289 y ss.

¹⁰⁵ Torres Campos, M., *Cómo se administra justicia*, Madrid, Librería Universal, 1881, pp. 7-8: “Del predominio del Poder administrativo sobre el judicial no puede haber la menor duda. A él corresponde el nombramiento, la traslación y la separación de los funcionarios judiciales. Claro está que puede haber uno y muchos ministros que se conduzcan dignamente; pero puede haber también otros, que traten por estos medios de influir en la resolución de determinados asuntos, y hasta que vendan los cargos. El Ministerio de Gracia y Justicia, que en realidad está al frente del poder judicial, puesto que su organización de él depende, puede recaer en personas aptas...”

¹⁰⁶ Lorente y otros, *Historia Legal...*, ob. cit., pág. 280: “La ley de tribunales se insertó de lleno en una nueva etapa, la republicana, cuyo proyecto político –que quedó reflejado en los trabajos de las Cortes Constituyentes– centró gran parte de su atención en la justicia. En su concepción, la administración de justicia del fuero ordinario debía ser independiente en todos los sentidos, con unas competencias exclusivas y excluyentes, por lo que su regulación debía dirigirse a reforzar las garantías de independencia de sus miembros. A este principio respondían determinadas estrategias constitucionales como depositar en manos del propio Tribunal Supremo las oposiciones de ingreso o el régimen de ascensos en la carrera judicial, o impedir que los jueces pudieran ser removidos gubernativamente”.

¹⁰⁷ Aparicio, *El status...*, ob. cit., pág. 157.

estabilidad, ni la amovilidad de los jueces y magistrados. Fueron razones políticas que se conectaban con el propio proceso de formación del Estado y, más en concreto, de sus cuerpos de funcionarios: cuando éstos acaban de formarse, también lo hace el de la Administración de justicia-Poder judicial. Inamovilidad e independencia judicial, en este proceso y en consecuencia, no mantienen relación alguna de causalidad: aquella no se otorga como garantía de ésta, sino como resultado de la funcionarización judicial como cuerpo estable inserto en el engranaje administrativo estatal”.

Paralelamente, em Portugal, e por todas as razões expostas anteriormente, só nos resta concluir que, se por um lado o estatuto jurídico da magistratura vigente ao longo de todo o período da monarquia constitucional camuflava uma dependência clara do poder judiciário face ao poder de dois ministros, o do reino e o dos negócios eclesiásticos e da justiça, atingindo todo o cursos honorum trilhado pelo juiz desde o momento do seu ingresso até à sua aposentação; por outro lado, também os aspectos que caracterizariam o Supremo Tribunal de Justiça como vértice da estrutura piramidal do poder judiciário e ícone do modelo judiciário oitocentista não revelariam senão uma entidade mais fragilizada do que as congêneres que o haviam antecedido, estando votado à concessão de consultas e conselhos, cabendo-lhe mais distribuir causas ou conhecer dos aspectos administrativos, como se tratasse de uma mera repartição do governo em exercício. Distantemente estava o período em que o supremo tribunal do reino, outrora ocupado pela Casa da Suplicação podia uniformizar a jurisprudência.

Ainda que não seja possível falar de uma total ausência ou violação do princípio da independência, pois verificamos que as garantias face àquela sempre foram dadas através do reconhecimento constitucional da perpetuidade, da inamovibilidade traduzidas na aposentação, na concessão de licenças e na responsabilidade disciplinar, assim como no regime das incompatibilidades e inelegibilidades; não podemos deixar de concluir que a dependência face ao Executivo se encontrava legitimada pela própria Carta, que continua a enunciar o princípio da divisão de poderes permitindo defender o poder judiciário de si próprio, ainda que, por vezes, não tenha ficado salvaguardado de algumas medidas centralizadoras e tendenciosas do Poder Executivo e Moderador.

Assim, defendemos que em termos orgânicos não houve, efectivamente, uma independência, ainda que ela tenha sido tão exigida¹⁰⁸. Em suma, não obstante a letra da lei vigente, a realidade revelaria um poder judiciário exaurido e estrangulado pelos demais, circunstância que era acentuada pelo estado do mapa judiciário, o que revela que todo o modelo tecido pelo vintismo dera lugar ao arquétipo cartista muito havendo que esperar ainda pelo verdadeiro equilíbrio entre os poderes políticos. Em suma, o liberalismo português de oitocentos teve uma natureza mitigada, ao permitir que o cartismo maquilhasse os preceitos constitucionais conferindo-lhe umas pinceladas de matizes liberais imbuídos do espírito iluminista (presentes nas ideias e valores políticos de liberdade, igualdade, segurança, propriedade individual, direitos e deveres do cidadão, represen-

¹⁰⁸ Note-se que esta questão não chocava Silva Ferrão que, em 16 de Abril de 1864, afirmava na Câmara dos Pares, que “a garantia dos cidadãos está na independência do poder e não na dos membros desse poder”.

tação nacional, tolerância,...) para, na verdade se revelar verdadeiramente conservador, tornando-se o mais absolutista dos regimes liberais ao colocar a tónica no poder moderador.

Der Zugang zum Richteramt im Preußen des 19. Jahrhunderts

Ignacio Czeguhn

I. Einleitung	103
II. Gesetzgeberische Vorgaben	104
III. Voraussetzungen zur Einstellung in den richterlichen Dienst in Preußen	105

I. EINLEITUNG

Nachdem im Jahre 2013 das 10-jährige Bestehen des Gesetzes zur Reform der Juristenausbildung gewürdigt werden konnte, ist eine neue Diskussion um eventuelle Reformrückstände und Erneuerungen der Juristenausbildung ausgebrochen. Insbesondere eine bessere und sinnvollere Kompatibilität mit dem sog. Bologna-Prozess und die Anpassung an europäische Standards lassen es als unvermeidbar erscheinen, dass die Juristenausbildung in Deutschland erneut reformiert wird. Eine eingesetzte Kommission des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft hat dann auch im Jahre 2010 unter dem Titel „Neue Wege in der Juristenausbildung. Die Empfehlungen der Expertenkommission“ eine Monographie herausgebracht, die neue Gedanken dieser Thematik anstoßen wollte.¹

Im Hinblick auf die derzeit geführten Diskussionen und Vorschläge ist es interessant, zu erforschen, welchen Einflüssen die Juristenausbildung im 19. Jahrhundert ausgesetzt war und wie die zweistufige Juristenausbildung in den einzelnen Ländern des deutschen Bundes und die Juristenausbildung an sich in Europa gesehen wurde.² Diesem Thema widmet sich auch u.a. dieser Tagungsband, der die Juristenausbildung und die Voraussetzungen zum Richteramt in einigen europäischen Ländern beleuchtet.

Dieser Beitrag soll sich mit der Juristenausbildung und dem Zugang zum Richteramt in Preußen beschäftigen, als dem größten Mitgliedsstaat des Deutschen Bundes und des späteren Kaiserreiches.

¹ Neue Wege in der Juristenausbildung, Die Empfehlungen der Expertenkommission (Hrsg. Schlüter, Andreas u. Dauner-Lieb, Barbara), Essen 2010.

² Hierzu grundlegend: Ebert, Ina, Die Normierung der juristischen Staatsexamina und des juristischen Vorbereitungsdienstes in Preußen (1849-1934), Berlin 1995.

II. GESETZGEBERISCHE VORGABEN

Gustav Alexander Bielitz schreibt in seinem Buch „Die Preußische Justizverfassung in ihren Eigenthümlichkeiten verglichen mit der sächsischen“, Band 1, Folgendes: „§ 9 Von der Vorbereitung zum richterlichen Amte.

Bekanntermaßen besteht in Sachsen die Einrichtung, daß die Justizbeamten aus den Aktuarien genommen werden, und daher, ehe sie zu jenem Posten gelangen, in diesen viele Jahre lang dienen müssen, übrigens werden sie vom Geheimen Finanzkollegium angestellt und befördert, und es sind ihnen nicht bloß eigentliche Justizsachen, sondern auch polizeyliche und eine Menge zu den administrativen Dingen gehörige Gegenstände, zur Besorgung übertragen. Bey dieser Einrichtung ist es nicht zu verwundern, wenn den meisten sächsischen Justizbeamten nur der mechanische Dienst geläufig ist...“ Er fährt weiter: „Ganz anders ist es dagegen im Preußischen, wo eine ganz andere Geschäftsbildung der Richter stattfindet, wo die Gerichtshöfe mit administrativen Dingen gar nichts zu thun haben, und wo die Justizbedienten lediglich von den Oberlandesgerichten abhängen und angestellt und befördert werden. Was nämlich die Bildung und Vorbereitung zum richterlichen Amte anbetrifft, so erhalten die jungen Juristen schon als Auskultatoren und sodann als Referendare eine Vorübung dazu, denn in beyden Stellen verrichten sie nicht bloß mechanische Dienstgeschäfte, sondern sie beschäftigen sich bereits mit der Leitung wirklicher Prozeßsachen, die sie unter der Aufsicht eines älteren Rathes zu besorgen haben.“³

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass mit Sachsen die sog. Provinz Sachsen im Rahmen der Verwaltungsgliederung Preußens gemeint ist. In dieser zentral gelegenen Provinz vereinigte das Königreich Preußen den 1807 verlorenen und 1815 im Rahmen des Wiener Kongresses zurückgewonnenen Altbesitz an der mittleren Elbe (Altmark, Magdeburg, Halberstadt, Mansfeld, Quedlinburg), die Erwerbungen von 1802 (Eichsfeld, Erfurt, Mühlhausen und Nordhausen) mit dem ihm aus dem Wiener Kongress zugesprochenen und als Herzogtum Sachsen bezeichneten königlich sächsischen Territorien. Zur Provinz Sachsen gehörten auch zahlreiche Exklaven, darunter die Kreise Schleusen und Ziegenrück.⁴

Die Ausführungen, die Bielitz hier präsentiert, sind im Hinblick auf die praktische Justizverwaltung in Preußen positiv. Bielitz kritisiert, dass in der Provinz Sachsen Justizbeamte aus den Aktuarien (dies waren Angestellte bei Gericht bzw. Schnellschreiber) genommen würden und daher eine langjährige Ausbildung absolvieren mussten, bevor sie den Posten wahrnehmen konnten. Darüber hinaus werden in der Ausübung des Richteramts nicht nur Justizsachen hinein subsumiert, sondern auch polizeiliche und administrative Gegenstände. Die Trennung von Justiz und Verwaltung ist hier noch nicht zu diesem Zeitpunkt vollzogen. Hingegen führt Bielitz in Bezug auf Preußen aus, dass die

³ Bielitz, Gustav Alexander, Die Preußische Justizverfassung in ihren Eigenthümlichkeiten verglichen mit der Sächsischen, Band 1, Halle 1817, S. 18-19.

⁴ Charte von der Königl. Preussischen Provinz Sachsen und den Herzoglich Anhaltischen Ländern, Verlag des Geographischen Instituts, Weimar 1822.

Gerichtshöfe mit administrativen Dingen gar nichts zu tun haben und die Justizbediensteten von den Oberlandesgerichten abhängen und von diesen auch angestellt werden.⁵ Junge Leute zum Richteramt werden in Preußen nach Bielitz schon als Auskultatoren und sodann als Referendare vorbereitet, um so auf das spätere Amt des Richters vorbereitet zu sein. Die gesetzgeberischen Grundlagen wurden nach dem Untergang Napoleons, den auch Preußen als Erfolg verbuchen konnte, früh gelegt.⁶

Die gesetzgeberischen Grundlagen, auf die dieser Beitrag fußt, sind demnach zunächst die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten 1816⁷, die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten 1855⁸, das Gesetz für die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum Höheren Justizdienste vom 6.5.1869⁹ und das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877.¹⁰

Die Gerichtsverfassungen Preußens galten in der Provinz Preußen, Brandenburg, Schlesien, Sachsen, Westfalen mit Rees und Duisburg von der Rheinprovinz und Pommern ohne Neupommern. Sie galten nicht in den Rheinprovinzen (hier blieb die französische Gesetzgebung zunächst bestehen), Neupommern und in Posen (in Posen galt das vom Großherzogtum Warschau eingeführte französische Verfahren).

III. VORAUSSETZUNGEN ZUR EINSTELLUNG IN DEN RICHTERLICHEN DIENST IN PREUSSEN

1. 1816: Allgemeine Gerichtsordnung

Im 3. Titel der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1816, Von dem Amte der Räte bei den Justizkollegien, befindet sich folgende Regelung: „§ 1 Die Räte bei den Justizkollegien sollen aus der Zahl der daselbst angesetzten Assessoren und Referendarien, welche sich zu der gleichen wichtiger Bedienung, auf die im nachfolgenden Titel umständlich beschriebene Art, durch mehrjährige Übung und ausgestandene scharfe Prüfung gehö-

⁵ Hierzu auch Remus, Dieter, Präsidialverfassung und gesetzlicher Richter: Zur Entwicklung des Begriffs des gesetzlichen Richters und seiner Bedeutung für die Präsidialverfassung des Gerichtsverfassungsgesetzes, Hamburg 2008, S. 56 ff.

⁶ Hierzu grundlegend: Ulrice, Franz, Die juristischen Prüfungen und richterlichen Qualifikationen im preußischen Staate: Ein praktisches Handbuch für Rechtscandidaten, Auskultatoren und Referendarien zur Belehrung über ihre Rechte und Pflichten, auch zum Gebrauche für Examinatoren, nach den bestehenden Vorschriften verfaßt, mit vier, die Gebühren der Referendarien betreffenden und officiellen Anweisungen zum Instruiren und referiren enthaltenen Anhänge, Königsberg 1839.

⁷ Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816.

⁸ Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten 1855, Berlin, Reimer 1855.

⁹ Gesetz vom 6. Mai 1869 und Regulativ vom 29. Dezember 1869 über die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höhern Justizdienst in Preußen, nebst Bemerkungen über die bisherige Ausbildung der Justiz-Referendarien in den alten Provinzen und ihre jüngste Umgestaltung, Berlin 1869.

¹⁰ Die Prozessordnungen und die Gerichtsverfassung für das Deutsche Reich, mit Erläuterungen aus den Materialien der Gesetze. (Inhalt: 1. Das Gerichtsverfassungs-Gesetz für das Deutsche Reich vom 27. Januar 1877. 2. Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich vom 30. Januar 1877. 3. Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877. 4. Die Konkursordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877.), Leipzig, Otto Wiegand 1877.

rig qualifiziert haben, genommen, und Sr. Königlichen Majestät und dem Großkanzler vorgeschlagen werden.“¹¹ Diese Vorschrift betont, dass die Auswahl aus den Assessoren und Referendaren zu treffen ist, die durch mehrjährige Übung und ausgestandene scharfe Prüfung sich gehörig qualifiziert haben. Um diese Voraussetzungen näher zu untersuchen, muss man in den 4. Titel gehen, der von dem Amte der Referendarien und Auskultatoren handelt.¹² Dort findet man in der Vorschrift des § 1 die Voraussetzungen zur Bestellung der Auskultatoren. Es heißt: „Junge Leute, welche sich der Justiz widmen wollen, müssen sich, nach absolvierten Studien, bei dem Präsidenten oder Chef eines Justizkollegiums schriftlich melden, beglaubigte Zeugnisse ihres Fleißes und Wohlverhaltens auf Akademie beibringen; und sich zugleich zu der vorschriftsmäßigen Prüfung erbieten. Dergleichen Zeugnisse müssen nicht bloß von einzelnen Professoren, oder anderen akademischen Lehrern ausgestellt sein, sondern der Studierende muss dergleichen Atteste, von seinem Abgange von der Akademie, dem Rektor oder Prorektor derselben vorlegen, und sich von diesen sowohl über seinen dadurch nachgewiesenen Fleiß als über sein während des Aufenthalts auf der Akademie beobachtetes sittliches Betragen, ein pflichtgemäßes Zeugnis unter dem Siegel der Universität ertheilen lassen.“ Sieht man in den folgenden Anhang (§ 448), so liest man, dass jeder Rechtskandidat, der als Auskultator angestellt werden soll, ein Zeugnis der Universität über ein dreijähriges Studium vorzulegen hat.¹³ Hier waren nur begrenzte Ausnahmen zugelassen, über die Landesjustizkollegia zu befinden hatten. Die Vorschrift des § 1 des 4. Titels nimmt zunächst keine Spezifizierung oder Eingrenzung des Alters vor, dort ist nur von jungen Leuten die Rede.¹⁴ Mit den entsprechenden Unterlagen war es mithin notwendig, dass der Kandidat eine schriftliche Meldung beim Präsidenten oder dem Chef des Justizkollegiums vornehmen musste. Beizulegen waren beglaubigte Zeugnisse des Fleißes und Wohlverhaltens auf Akademien mit Siegeln der entsprechenden Institutionen. Des Weiteren hatte der Rechtskandidat vorzuweisen Atteste des Rektors über seinen nachgewiesenen Fleiß, das sittliche Betragen und sein moralisches Wesen. Mit den Unterlagen hatte er sich zur vorschriftsmäßigen Prüfung zu erbieten, wobei eine Erklärung folgen musste, dass er in der Lage ist, für die Zeit der Prüfung für sich selbst zu sorgen. Im Anhang zum Art. 1 des 4. Titels findet sich dann noch der § 449: „Dem Gesuch um Zulassung zur Prüfung muss ein vom Kandidat selbst in lateinischer Sprache abgefasstes und von ihm geschriebenes curriculum vitae beiliegen, worin sein Name, sein Alter, der Ort seiner Herkunft, der Name und Stand seiner Eltern, und die kurze Geschichte seiner Ausbildung auf Schulen und Universitäten enthalten ist. Dieses curriculum vitae muss auch den nachherigen Berichten auf die Zulassung zum Referendariat und zur Dritten Prüfung beigelegt

¹¹ Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816, Dritter Theil, 3. Titel, § 1.

¹² Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816, Dritter Theil, 4. Titel, § 1.

¹³ Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816, Dritter Theil, 4. Titel, § 1, Anh. § 448.

¹⁴ Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816, Dritter Theil, 4. Titel, § 1.

werden.“¹⁵ Schon hier wird klar, dass in Preußen insgesamt drei Prüfungen abzulegen waren, bis man als Assessor um ein Richteramt ersuchen konnte. Außerhalb des Gerichtes musste der Kandidat ein dreijähriges Universitätsstudium vorweisen, wobei dieses zunächst ohne Prüfung beendet werden konnte. Das Zeugnis der Universität musste allerdings nicht nur über den § 1 des Titels enthaltenen Gegenstände, sondern auch darüber Beweis erbringen, dass der Student drei Jahre hindurch auf Universitäten studiert hatte.

a. Die Zulassungsprüfung (sog. Erste Prüfung)

Hatte der Rechtskandidat sein Gesuch mit den erforderlichen Unterlagen eingereicht, beauftragte der Präsident einen oder zwei Räte bei den Kollegien, zu prüfen, ob der Kandidat gute natürliche Fähigkeiten und eine gesunde Beurteilungskraft besitze. Darüber hinaus sollten diese Räte prüfen, ob der Kandidat sich in der Theorie der Rechtsgelehrsamkeit gründliche und zusammenhängende Kenntnisse erworben habe. Auch Lateinkenntnisse und die Theorie der Rechtswissenschaft wurden auf die Probe gestellt.¹⁶ Die Prüfung erstreckte sich nicht nur auf das Privatrecht, sondern auch auf das Staats- und Völkerrecht, zumindest soweit, wie der Kandidat durch fortgesetztes Studium die Kenntnisse erwerben konnte, die ein künftiges Amt erfordert. Bestand der Rechtskandidat die von den Räten abgenommenen Prüfungen erfolgreich, wurde er nach bestandener Zulassung (*examen pro auscultatura*) zum Auskultator ernannt. Im Amt des Auskultators musste der Rechtskandidat mehrjährige Übungen, vor allem Protokollführung und selbstständige Studien des Prozessrechts vornehmen.¹⁷

b. Die Referendarprüfung (sog. Zweite Prüfung)

Wenn Beweise vorlagen für Fähigkeiten, Fleiß und Applikation, bekam er eine Proberelation aufgetragen (sog. Zweite Prüfung).¹⁸ Die durch den Rechtskandidaten angefertigte Proberelation wurde durch einen Rat korrigiert und das Ergebnis an das Kollegium gemeldet. Es erfolgte eine nochmalige Prüfung mündlicher Form, insbesondere im Prozessrecht und den Statutarechten. Hatte der Kandidat die Prüfungen bestanden, so war § 12 zu beachten: „Ein wesentliches Erfordernis bei der Zulassung zum Referendariat ist jedoch ein ordentlicher Lebenswandel und ein nach den Vorschriften der gesunden Vernunft und des Christenthums eingerichtetes Betragen. Leute also, welche sich liederlichen oder niederträchtigen Ausschweifungen ergeben haben, müssen nicht zugelassen werden, wenn es ihnen auch sonst an der erforderlichen Geschicklichkeit nicht mangeln sollte; und die Kollegia müssen von dem Charakter und der Aufführung der bei ih-

¹⁵ Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816, Dritter Theil, 4. Titel, § 1, Anh. § 449.

¹⁶ Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816, Dritter Theil, 4. Titel, § 3, Anh. § 450.

¹⁷ Ebda.

¹⁸ Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816, Dritter Theil, 4. Titel, § 9.

nen sich meldenden Kandidaten sichere Nachricht einzuziehen suchen; auch was sie dadurch in Erfahrung gebracht haben, jedes Mal in ihrem Berichte anzeigen.“¹⁹

Neben den Fähigkeiten, die der Rechtskandidat in den juristischen Fächern vorzuweisen hatte, musste also auch sein Lebenswandel den Vorgaben entsprechen, die das Gesetz vorsah. Und hier ist auffällig, dass vom Kandidaten auch gefordert wurde, nach den „Vorschriften der gesunden Vernunft und des Christenthums“ zu leben. Hierin mag vielleicht der Grund liegen, weshalb in Preußen im Vergleich zu anderen Mitgliedsstaaten des Deutschen Bundes und des späteren Kaiserreiches die Zulassung von Juden zum Richteramt eher zurückhaltend war. Hierzu jedoch später unter Punkt 5.

c. Die Assessorprüfung (sog. Dritte Prüfung)

Nach der Approbation zum Referendar erfolgte der Referendardienst, der mit der Wahrnehmung richterlicher Bedienungen und dem Sammeln von Erfahrungen in allen praktischen Angelegenheiten der Justizkollegien ausgefüllt war. Das Referendarexamen (sog. Dritte Prüfung) erfolgte nach einer Zulassung, die wiederum Atteste, Prüfungen und Instruktionen zum Inhalt hatte.²⁰ Diese Atteste, Prüfungen und Instruktionen erfolgten während des Referendariats durch die Meldung an den Präsidenten und an den Chef der Justiz, wenn das Kollegium der Ansicht war, dass sich der Referendar „eines Rats hinlänglich geschickt bewiesen habe“. Der Antrag zur Dritten Prüfung erfolgte durch den Referendar an den Chef der Justiz mit dem Nachsuchen um eine Immediatkommission. Die Immediatkommission untersuchte die kompletten Akten des Referendars (also sein sittliches Betragen, sein Benehmen und seinen Fleiß während des Referendardienstes) und stellte dem Kandidaten eine acta zu einer doppelten Proberelation zu.²¹ Dieser acta zu einer doppelten Proberelation waren darüber hinaus mehrere questionibus acti et iuris beruhende Sachen beigelegt. Nach Anfertigung dieser Proberelation und der Behandlung der questionibus facti et iuris erfolgte ein strenges Examen in der Theorie der Rechtsgelehrsamkeit. Bestand der Referendar die Prüfung, wurde er bei erster Gelegenheit versorgt und vorläufig zum Assessor ernannt. Dies erfolgte durch Vorschlag des Großkanzlers an die Majestät.

2. Die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1855

Diese neue Verfassung der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten enthielt hinsichtlich der Ausbildung zum Richteramt einige Neuigkeiten. So konnte zum etatmäßigen Mitglied eines jeden Gerichts ernannt werden, wer vier Jahre die Stelle eines ordentlichen Professors bei der juristischen Fakultät einer inländischen Universität bekleidet hatte. Assessoren sollten bei den Obergerichten nicht mehr fungieren. Richter

¹⁹ Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816, Dritter Theil, 4. Titel, § 12.

²⁰ Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816, Dritter Theil, 4. Titel, § 26, 27.

²¹ Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, Berlin, Reimer 1816, Dritter Theil, 4. Titel, § 28.

am Obertribunal konnte nur werden, wer zuvor vier Jahre bei einem Appellationsgericht oder nach dem Gesetz vom 17.3.1852 als vortragender Rat beim Justizministerium oder als Direktor eines Stadt- oder Kreisgerichts tätig gewesen war.

3. Gesetz für die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst vom 6.5.1869

In diesem neuen Gesetz war hinsichtlich der Ausbildung an den Universitäten keine Neuerung, es wurde weiterhin ein mindestens drei Jahre langes Universitätsstudium vorausgesetzt, bevor der Kandidat ein Gesuch zur Zulassung zur Ersten Prüfung stellen konnte.²² Die Erste Staatsprüfung wurde bei einem Appellationsgericht abgenommen und bestand aus einem schriftlichen und mündlichen Teil.²³ Geprüft wurden die Disziplinen des Öffentlichen und Privatrechts sowie der Rechtsgeschichte und Grundlagen deren Staatswissenschaften.²⁴

Der Auskultator und die Auskultatorprüfung wurden abgeschafft und mit dem Gerichtsreferendariat verschmolzen.²⁵ Dies war eine wesentliche Neuerung im Hinblick der Ausbildung zum Richteramt in Preußen.

Die schriftliche Prüfung zum Referendariat bestand aus einer wissenschaftlichen Aufgabe zur Bearbeitung in sechs Wochen aus dem Zivilrecht, dem deutschen Privatrecht, dem Handelsrecht, dem Kirchenrecht, dem Zivilprozessrecht oder dem Strafrecht je nach Wahl des Prüflings. Nach dem vierjährigen Referendariat bei Gerichten, Staatsanwaltschaften, Rechtsanwälten und Notaren stand die Zweite, Große Juristische Staatsprüfung an. Sie war schriftlich und mündlich und sollte wesentlich praktischen Charakter haben.²⁶ Die schriftliche Prüfung zum Zweiten Großen Juristischen Staatsexamen bestand aus einer rechtswissenschaftlichen Arbeit und einer Relation aus Prozessakten, bei der der Referendar sechs Wochen Zeit zur Bearbeitung hatte.²⁷ Die mündliche Prüfung bestand in einem Aktenvortrag. Bei Bestehen der schriftlichen und mündlichen Prüfung wurden die Referendare zum Gerichtsassessor ernannt, bevor sie in der Regel nach einem Jahr in das Amt des Richters oder Staatsanwalts berufen wurden.

²² Gesetz für die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst vom 6.5.1869, Abschnitt 1, § 1.

²³ Gesetz für die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst vom 6.5.1869, Abschnitt 1, § 2.

²⁴ Gesetz für die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst vom 6.5.1869, Abschnitt 1, § 4.

²⁵ Gesetz für die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst vom 6.5.1869, Abschnitt 1, § 5.

²⁶ Gesetz für die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst vom 6.5.1869, Abschnitt 3, § 10.

²⁷ Gesetz für die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienst vom 6.5.1869, Abschnitt 1, § 33.

4. Das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877

Dieses Gesetz änderte nichts an dem vorausgesetzten dreijährigen Universitätsstudium, der Ersten Juristischen Staatsprüfung und der Zweiten Juristischen Staatsprüfung.²⁸ Vor welchen Behörden die beiden Prüfungen abzulegen und worauf dieselben zu richten sind, bestimmten die einzelnen Bundesstaaten für sich, solange von Rechts wegen nicht etwas anderes bestimmt wurde. Hier zeigt sich, dass der Föderalismus, der in der Reichsverfassung von 1870/71 verankert worden war, auch in der Juristenausbildung zum Richteramt Einfluss genommen hatte. So waren die dem Reich angehörigen Länder zuständig, zu bestimmen, vor welchen Behörden die Juristischen Staatsprüfungen abgenommen werden sollten. Die Erste Juristische Staatsprüfung berechnete in jedem weiteren Bundesstaat zur Ablegung der Zweiten Juristischen Staatsprüfung.²⁹ Ferner war jetzt jeder Universitätsprofessor zum Richteramt befähigt.³⁰

5. Besonderheiten

Frauen wurden erst 1922 mit Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen der Rechtspflege vom 11.7.1922 zum Richteramt zugelassen. Josef D. Goldberger hatte im Juni 1919 die Hoffnung geäußert, es möge der Tag nicht mehr fern sein, an dem es nicht mehr bloß eine Allegorie sein wird, dass eine Frau die Waage der Gerechtigkeit in den Händen hält.³¹ Seit 1908/09 waren Frauen berechtigt, an der Universität als ordentliche Studierende zugelassen zu werden. Die Verabschiedung der republikanischen Weimarer Verfassung, in deren Art. 109 Abs. 1 es hieß: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.“ hatte die Hoffnung geäußert, dass Frauen bald in den juristischen Berufen keine Ausnahme darstellen würden. Und doch sollte es knapp drei Jahre dauern, bis am 11. Juli 1922 das „Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen der Rechtspflege“ in Kraft trat und die letzten formalen Hindernisse beseitigt wurden. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten zwar die einschlägigen Gesetze seit 1870 nicht ausdrücklich ein Verbot der Ausübung juristischer Berufe durch Frauen reglementiert, doch die Praxis war eine andere, weil die Universitätsausbildung den Frauen noch verschlossen war und sich häufig die Zulassung von Frauen zum Jurastudium nicht bewerkstelligen ließ. Als das Jurastudium 1908/09 auch für Frauen offiziell zulässig wurde, änderte sich an der Rechtspraxis allerdings nichts. Dies lag an der Auslegung des § 41 Ziff. 3 ZPO, wonach der Richter von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen war „in Sachen seiner Ehefrau“ und nicht in Sachen seines Ehegatten. In derselben Weise wurden die Vorschriften der §§ 22 StPO und 156 GVG und 6 FGG ausgelegt. Im Übrigen berief man sich auf die Intention des BGB-Gesetzgebers, der bei der Schaffung des Gesetzes selbstverständlich davon ausgegangen sei, dass nur Männer zum Richter-

²⁸ Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877, § 2.

²⁹ Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877, § 3.

³⁰ Gerichtsverfassungsgesetz vom 27.1.1877, § 4.

³¹ Vgl. Josef D. Goldberger: Vom Berufe der Frauen unserer Zeit für die Rechtspflege, in: Die Frau, 26. Jahrgang, 1918/19, S. 275-278., S. 278.

amt befähigt seien.³² Die Praxis blieb also weiterhin skeptisch im Hinblick auf die Zulassung der Frau zu richterlichen und überhaupt juristischen Ämtern. Hinsichtlich der Zulassung von Frauen zum Rechtspraktikum änderte Preußen 1919 seine Haltung dahingehend, preußische Jurastudentinnen in der Regel die Erste Juristische Staatsprüfung ablegen zu lassen. Allerdings blieb deren Ernennung zu Referendarinnen weiterhin ausgeschlossen.³³ Doch auch nach Inkrafttreten des Gesetzes von 1922 handhabten viele Justizministerien die Einstellung von Frauen sehr restriktiv. So begründete das Justizministerium in Oldenburg noch 1929 die Ablehnung der Einstellung zweier Assessorinnen in den Justizdienst mit der Begründung, „es fehle an hinreichender Erfahrung darüber, ob Frauen sich für jede richterliche Beschäftigung und für alle richterlichen Stellen eignen“. Es gehe mithin nicht an, „Frauen zu Richtern zu machen, die ohne jedes Bedenken nur in wenigen Stellen beschäftigt werden können“.³⁴ Solche Einwände waren nicht die Ausnahme, sondern eher die Regel. So finden sich auch in der hamburgischen Landesjustizverwaltung ähnliche Fälle.³⁵ So zeigt sich auch nach 1922, dass die Zulassung von Frauen zu richterlichen Ämtern und Justizämtern eher die Ausnahme blieb.

Eine weitere Besonderheit galt im Hinblick auf die Behandlung von Juden bei der Zulassung zum Richteramt. Der sächsische Staatsminister für auswärtige Angelegenheiten, Georg von Metzsch, stellt 1896 auf eine Anfrage Preußens zur Vergabepaxis von Richterstellen fest: „In Sachsen besteht keine Bestimmung, die einem Assessor das Recht auf eine Beschäftigung bei einem Gericht einräumt. In der Praxis werden aber alle Assessoren, die darum nachsuchen, bei den Gerichten oder Staatsanwaltschaften beschäftigt, soweit nicht ganz besondere Bedenken entgegenstehen. Diese Ausnahmefälle kommen nur selten vor. Nicht zugelassen werden insbesondere die Juden. Diese werden schon im Stadium des Vorbereitungsdienstes besonders behandelt. [...] Infolgedessen unternehmen es die jüdischen Assessoren überhaupt nicht mehr, um Beschäftigungen im Staatsdienst nachzusuchen, sie werden ohne Weiteres Rechtsanwälte. [...] Die ablehnende Haltung der Regierung den Juden gegenüber hat übrigens zur Folge gehabt, dass sich in Sachsen nur noch wenige Juden dem Rechtsstudium widmeten. Ihre Zahl ist schon seit Jahren verschwindend klein.“

In Preußen war mit dem Edikt vom 11. März 1812 betreffend die bürgerlichen Verhältnisse der Juden im Preußischen Staate die sog. Emanzipation der Juden erfolgt. Dort hieß es in § 9: „Inwiefern die Juden zu anderen öffentlichen Bedienungen und Staatsämtern zugelassen werden können, behalten wir uns vor in der Folge der Zeit gesetzlich zu bestimmen.“ Obwohl relativ spät zu diesem Edikt, aber immerhin doch in den preußischen Verfassungen von 1848 und 1850 sich der Grundsatz der Unabhängigkeit

³² Vgl. Adolf Friedländer, Max Friedländer: Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, 2. Aufl. München / Berlin / Leipzig, 1920, S. 15.

³³ Vgl. Allgemeine Verfügung vom 5. Mai 1919 über die Zulassung weiblicher Personen zur Ersten Juristischen Prüfung, in: JMinBl. 1919, S. 288. Eine Neuregelung erfolgte am 17.1.1921 durch die Allgemeine Verfügung des Preußischen Justizministers über die Zulassung zum Vorbereitungsdienst und zu den juristischen Staatsprüfungen.

³⁴ BA Nachlass Lüders Vorl. Nr. 135.

³⁵ Vgl. BA Nachlass Lüders Vorl. Nr. 135.

der Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte vom religiösen Bekenntnis im Hinblick auf öffentliche Ämter fand, die für alle Befähigten zugänglich werden sollten, bestand die gesetzes- und verfassungswidrige Praxis noch lange fort. Auch das Gleichstellungsgesetz von 1869 (Gesetz vom 3. Juli 1869 über die Gleichstellung der religiösen Bekenntnisse und deren Rechte) änderte zunächst an der Rechtslage nichts. So führt Barbara Strengé in ihrem Buch über die Juden im preußischen Justizdienst 1812-1918 aus: „Nach dem Gleichstellungsgesetz von 1869 und der Reichsgründung, insbesondere seit dem innenpolitischen Kurswechsel 1878/79 wurden Juden durch die informelle Form ‚stillschweigender Übereinkunft‘ in den Ministerien auch weiterhin von höheren Staatsämtern ferngehalten oder im Avancement benachteiligt. Bis zum Ende des wilhelminischen Kaiserreichs bestand mit der restriktiven Anstellungspraxis preußischer Regierungsbehörden gegenüber Juden im Justizdienst wie auch in der allgemeinen Staatsverwaltung, dem Heer und dem Bereich Bildung / Erziehung eine ungebrochene Kontinuität in der Zurücksetzung jüdischer Beamtenanwärter.“³⁶ So zeigen zahlenmäßige Untersuchungen, dass zwischen 1871 und 1918 die Anstellung von Juden im preußischen Justizdienst nur sehr zögerlich erfolgte. Dabei waren die behördlichen Begründungen mehr als zweifelhaft, angeblich wegen moralischer (oder religiöser, nationaler, physischer) Minderwertigkeit fehle es ihnen an Autorität und damit an der erforderlichen Subordination, die für die preußische Verwaltung eine wichtige Eigenschaft war. Juden sollte mithin eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an der Herrschaftsausübung im preußischen Staat verwehrt bleiben. Dies bedeutet, dass aber Juden dadurch keine vollwertigen Staatsbürger des preußischen Staates wurden, sondern vielmehr wie Barbara Strengé es auch ausführt, Staatsbürger „zweiter Klasse“ blieben.³⁷

³⁶ Vgl. Strengé, Barbara, Juden im preußischen Justizdienst 1812-1918: Der Zugang zu den juristischen Berufen als Indikator der gesellschaftlichen Emanzipation, München 1996, S. 3.

³⁷ Vgl. ebenda S. 4.

History of the trial by jury in Spain¹

Prof. Dr. Ricardo Gómez Rivero

In Spain, popular intervention in the administration of criminal justice was recognized, however mildly, in the 1808 Statute of Bayonne. In it, Article 106 stated that the first legislative sessions of the Cortes were to determine whether jury trials would be established². Four years later, Article 307 in the Constitution of Cadiz declared, more cautiously, that if the Cortes deemed appropriate, a distinction between jurors and judges “will be established in the manner they deem conducive”³. Knowing the school of thought that inspired the Spanish jury is difficult. More than 40 years ago, Professor Gilbert noted that the ideological origins of the jury in Spain constituted an enigma for him⁴. Within this context, Juan Antonio Alejandre pointed out years later the possibility that the jury may have been introduced orally⁵.

The first time the jury institution was put into practice was when the press law of October 22, 1820 was being developed, in which articles 36 to 68 of Title VI contemplated the existence of the jury. It was to be applied on an experimental basis whose jurisdiction was limited to crimes related to the press⁶. The jury was again used for these types of crimes in 1836 and 1854⁷.

One of the two additional articles in the Constitution of 1837 promised that the laws would determine the time and manner for establishing jury trials, their jurisdiction comprising all sorts of crimes. This, however, was not fulfilled⁸.

The Constitution of 1869 also provided for the establishment of the trial by jury for political crimes and those common crimes to be determined by the law. This time, the constitutional mandate was executed. Indeed, the Provisional Criminal Procedure Law of

¹ This research is a transcript from my book, *El Tribunal del Jurado en Albacete (1888-1936)*, Albacete, 1999.

² P. CONARD, *La Constitution de Bayonne*, Paris, 1910, pp. 122-123.

³ J.A. PÉREZ JUAN, “Legal Framework for the Jury in the first Spanish Constitutionalism”, in *Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts*, Regensburg, 2011, p. 115.

⁴ R. GIBERT, “El juicio por jurados en España”, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 1971, vol. XV, p. 560.

⁵ J.A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid, 1981, p. 85. Nevertheless, over the years, this paper, along with mine, are the only ones to address this institution monographically.

⁶ ALEJANDRE, *La justicia popular en España*, pp. 86-92. Likewise, consult the recent paper by J.A. PÉREZ JUAN, “Legal Framework for the Jury in the first Spanish Constitutionalism”, in *Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts*, Regensburg, 2011, pp. 115-137. The celebrated Martínez Marina would form part of one of those juries (F. MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes. An introductory study* by José Antonio Escudero, Oviedo, 1996, T. I, LXIX-LXX).

⁷ M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, Madrid, 1879, 3rd ed., T. VI, p. 119. Also see, J.A., PÉREZ JUAN, *The Jury in Spain 1833-1843*

⁸ J.A., PÉREZ JUAN, *The Jury in Spain 1833-1843*

December 22, 1872 regulated the jury institution in Title IV of Book II, from articles 658 to 785. The jury began functioning in a climate full of political and social upheaval. Contributing to this was the Third Carlist War that broke out in 1872, which affected more than half the national territory, and the abdication of King Amadeo I on February 11, 1873, with the consequent proclamation of the Republic. During this same period, Antonio González Ocampo published several articles in the *Semanario jurídico y administrativo* in Albacete, criticizing the incongruities of the Jury Act⁹.

Three days after the Restoration on January 3, 1875, the Minister of Grace and Justice signed a decree suspending the jury. Motivating this suspension were alleged delays in the administration of justice and the burden of being a juror, of which many were trying to avoid¹⁰.

Neither the Constitution of 1876 nor the Criminal Procedure Law of 1882 referred to the jury institution. On April 20, 1888, the Jury Act was promulgated, and it remained in force for thirty-five years until its suspension by a Royal Decree of the Military Directorate issued on September 21, 1923¹¹. Its sponsor was a jurist and politician from Burgos, Manuel Alonso Martínez, then the Minister of Grace and Justice, who also had a decisive influence on the Civil Code¹².

According to the first article of the law, the court jury would consist of twelve jurors and three magistrates or law judges. Also attending its sessions were two alternate jurors to serve in the event of illness or indisposition of a regular juror. This composition was identical to that provided in the law of 1872. One new feature included the existence of alternate jurors.

How were juries comprised in other European countries? The jury composition in almost all countries using this system was similar to that of Spain, i.e., with three magistrates, one acting as president, and twelve jurors. This system was applied in Belgium, Germany, Austria, Switzerland, Greece, Russia, and France. Italy used fourteen jurors, while in Portugal, only one magistrate formed part of the jury¹³.

The jurors would declare, pursuant to Article 2, either guilt or innocence of the accused with respect to the facts in the concept of a crime the prosecution attributed them to, as well as the concurrence or lack thereof of other totally or partially modifying circumstances of criminal responsibility. Under this law, this article might have been the most important, for it set the attributions of the jurors, i.e., the role they would play in trials¹⁴.

⁹ Those articles were later combined under the name of *El Tribunal del Jurado en camisa* (ALEJANDRE, *La justicia popular en España*, p. 137).

¹⁰ ALEJANDRE, *La justicia popular en España*, p. 142.

¹¹ The Law is found in multiple locations. It is enough to cite MARTINEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, Madrid, 1918, 6th ed., T. VII and *Colección Legislativa*, no. CXL, first half 1888, pp. 708-744.

¹² Alonso Martínez served the Ministry of Justice from November 27, 1885 until December 11, 1888 (J.F. LASSO GAITÉ, *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica*, Madrid, 1984, pp. 138-141).

¹³ E. BRAVO, *Ley del Jurado*, Madrid, 1888, pp. 172-195.

¹⁴ BRAVO, *Ley del Jurado*, p. 71.

Article 9 regulated the juror requirements. A juror candidate had to be at least thirty years of age, be in full possession of civil and political rights, know how to read and write, be head of a household, be a resident living within the respective municipality, and have lived within it at least four years.

Individuals who were not heads of households could still be jurors, always when they met the remaining conditions of possessing an academic or professional title or having held a public office whose monthly salary was equal to or exceeded 3,000 pesetas. Likewise, those who were or who had been councilors, provincial deputies, Cortes deputies or senators, in addition to military or retired navy personnel, would have an identical capacity.

In Senate debate, Luis Silvela sought qualities in a jury in such a manner that jurors would only be persons belonging to some of the categories he mentioned, such as a member of a Spanish Royal Academy, attorneys, physicians, deputies, mayors, etc.¹⁵. This is what occurred in countries like Italy, Belgium, Austria, and Greece¹⁶.

The minimum age of 30 to be a juror, although today seeming quite high, was the same that most countries with a popular court required (France, Belgium, Germany, Austria...). In the first of these countries mentioned, the laws of September 29, 1791, which established the juror, and that of 2 Nivose of year II, set the age at 25 to be able to be a member of a popular court. However, the remaining provisions that later regulated the jury raised this to 30: the Decree of August 7, 1848, and the laws of June 3, 1853 and November 21, 1872¹⁷. Contrasting this, Greece and Russia lowered their age requirements to 25¹⁸.

On April 14, 1931, the Second Spanish Republic was proclaimed, and two weeks later -fifteen years ago, I wrote¹⁹- a Decree reestablished the jury in accordance with the Law of April 20, 1888, although with some notable reforms introduced, some that had been demanded by prosecutors in their reports for years. Excluded from knowledge of the jurors were the crimes of forgery, libel, and dueling (Article 2); the jurors were reduced to eight (Art. 3); they were no longer asked about the guilt of the accused but rather about their participation in the execution of the events (Art. 7); the peremptory challenge was limited to two by each of the parties (Art. 8); the president's summary was abolished from the law section (Art. 9); and the penalties for non-attendance were raised (Art. 6). According to Art. 10, a woman would form part of the jury when specific crimes were being prosecuted, such as parricide, homicide, or injuries, always when the passionate motive was

¹⁵ BRAVO, *Ley del Jurado*, pp. 89-90.

¹⁶ BRAVO, *Ley del Jurado*, pp. 185-186 and 190-194.

¹⁷ J. C. BARBIER, *Lois du Jury. Compétence et organisation*, Paris, 1873, pp. 169-171, 274, and 283.

¹⁸ BRAVO, *Ley del Jurado*, pp. 185, 194, and 195.

¹⁹ "El Tribunal del Jurado en Albacete en la II República", in *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. LXVII (1997), Volume II. A tribute to Francisco Tomás y Valiente, pp. 1525-1544. As for the institution in question during this period, also see F. MARES ROGER, "El Tribunal del Jurado en la II República Española", in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, year XLIX, November 1995, no. 1760.

jealousy, love, fidelity, or any other aspect related to sexual aspects, and when the aggressors and victims belonged to opposite sexes²⁰.

Another decree on September 22 of that same year reduced the jury's responsibility again, by declaring it excluded from the crimes of robbery with violence and punishable negligence²¹. The Republican Constitution, adopted months later, alluded to the institution of the jury in two articles: In 103, by expressing that the people would participate in the administration of justice by the jury, whose organization and operation would be regulated by a special law; and in 99, whose first paragraph entrusted a special jury the requirement of civil and criminal liability where judges and prosecutors may incur by carrying out their duties, or occasionally in connection with them.

To date, the only known practical application of the jury was carried out by the Territorial Court of Albacete²². According to reports that both the prosecutor and the president of that Court filed to the Ministry of Grace and Justice in the first years the jury was operating, the following can be highlighted:

- Many jurors had no education at all, "and only know how to clumsily write their name and surnames with the pen", said one president; or they were unaware of the most simple and elementary rules of [the Spanish] language, expressed another. On many occasions, the jurors were perplexed and indecisive, not understanding the true significance and scope of the questions raised for their resolution. The cultural level, expressed the court president, of many "rural inhabitants leaves much to be desired", which by some measure was compensated by the "attention paid to the debates by the jurors, which have occasionally led to thoughtful questions towards the indicted and witnesses". The segment of enlightened and illustrated people attempted by all possible legal means necessary to free themselves from the obligation of serving on a jury. In contrast, the poor and less educated were more willing, attributed to their interest in receiving an allowance for serving, and this way obtaining some resources to satisfy their needs.
- The functioning of the jury was seen harmed by the abuse occurring due to the right to refuse without cause. This method was mainly employed by persons of status and social standing, leaving one constituted by less satisfactory individuals. The presidents, in this regard, proposed that the law be reformed, and demanded that the reason for refusal always be substantiated. The probable reasons for such refusals were more or less founded in fear about reprisals from prisoners and their families, the hassle and expenses resulting from inescapable trials, and the feuds and unpleasantness being jurors might cause them. Generally, the parties refused jurors who resided in neighborhoods where the crime

²⁰ Gaceta de Madrid, April 28, 1931.

²¹ Gaceta de Madrid, September 24, 1931.

²² That which follows is taken from my book that is cited in note 1, to which I refer to broaden the topic or confirm that discussed here.

had been committed. Also rejected were those that due to their elevated social position, uprightness of character, enlightenment, or love of justice made them fear returning a guilty verdict. Because of this, the juries assembled in some cases were inclined mostly to innocence.

- The trials for some crimes committed should not have been heard with a jury. In this regard, the opinions of presidents and prosecutors were unanimous in that a jury should not sit for crimes when the harm done was insignificant or when the substance of the offense itself did not cause sufficient social alarm, such as, for example, robberies in quantities inferior to 250 pesetas and forgeries of private documents committed by private individuals. As one prosecutor stated, “the practice has demonstrated that in these events, like in arbitrary detention, the jury does not find the defendants guilty”. Reforming this point would satisfy, as one president understood, a “true and pressing need for the proper administration of justice”.
- There was a marked tendency by the jury to deny guilt of the accused in certain crimes, even in the face of overwhelming evidence and despite the severity, importance, and notoriousness of some of them. Among these cases were those of libel, misappropriation of public funds, and others affecting the State. In this regard, in early 1898, the President of the Court of Albacete recounted a case of counterfeiting Spanish bank notes. The case was tried before a jury and there was no doubt about the reality of the crime or the guilt of the accused, yet the jury, however, returned a verdict of not guilty. The judges, stunned by this unexpected turn of events, observed how the jurors, who had just finished deliberations, demanded their compensation. It was decided that payment would be made with the very bank notes that had caused the case in the first place, and that, according to the verdict, appeared legitimate. This was executed, but the jurors refused them; they were therefore forced to renounce their compensation.

In general, it was observed that when the defendants were important “within the country or due their social or political position, it can be assured that the jury always tended to declare innocence, and more so if the alleged offense is of the variety committed against persons, or linked, even how remotely, with issues that had unfavorable repercussions in small towns”.

Crimes committed by the press and punishable negligence were also subject to kindness. This systematic benevolence established, as understood by one president, impunity for certain offenders. On the minds of the jurors was the “idea that the event can be punished one way or another in accordance with their verdict, and when they understand that the punishment is disproportionate to the crime and there is no way to soften it according to this approach would be unduly harsh, regardless of the facts, they opt for innocence. This way, they believe that at the same time they fully satisfy their conscience, they win over the public opinion.”

Likewise, in all trials for crimes against persons, it was seen that the verdicts were inspired by a criterion of excessive leniency. However, this did not occur with property crimes deserving afflictive penalties, and primarily when a homicide, rape, or injury occurred in the course of the robbery. In cases such as these, the jurors applied criteria with maximum severity.

A kindness criterion was not applied by jurors for those crimes against persons when the accused “have already been branded as criminals due to criminal penalties imposed on them in previous trials and because their poor behavior has created fear and hatred in their neighbors”.

That expressed by the presidents and prosecutors at the Court of Albacete generally coincided with that said by their counterparts in the remaining territorial courts. Manuel Durán y Bas, the Minister of Grace and Justice, concluded the following about how the jury had functioned up until 1899:

- The Jury Law of April 20, 1888 was good, the spirit within it worthy of applause, and its provisions successful.
- The Law had been implemented before the Spanish people were prepared for it.
- The jurors were ignorant, not independent, and reluctant to participate in it, which produced deplorable results.
- The jury did not function well and at the moment did not offer probabilities of taking hold.
- Reforming the law was urgent as well as the manner for constituting the jury.

In Albacete, the jury began functioning in October 1889. It appears that the province welcomed the new reform favorably, and the jurors collaborated effectively, displaying outstanding skills when performing their duties. At least this was the opinion, exaggeratedly optimistic without a doubt, by the president of the territorial court.

The first case tried with a jury court took place in the Casas Ibáñez Court. It dealt with a violent death, and there were two defendants. The court prosecutor classified the crime as murder, requesting a sentence of life imprisonment for both of them. Despite the seriousness of the case, almost all the jurors taking part were chosen by a random drawing. Included were nine heads of households, mostly farmers, and three authorities: one councillor and two ex-councillors.

The court jury convened on two occasions, the latter of which concluded at midnight. These first jurors seemingly did their part in an optimal manner, not manifesting tiredness, impatience, or restlessness at any time. All this was accomplished despite the complexities of the facts and the difficulties of the conclusions on behalf of both the prosecution and the attorneys for the defendants. In order for the jurors to perfectly understand the conclusions presented by both sides, the president formulated a total of sixteen questions for them. The jurors answered all of them without incurring any inconsistencies or contradictions.

A guilty verdict was returned by the jury. They answered affirmatively to the questions concerning the facts constituting homicide, but negatively to the questions comprising the facts constituting murder, something the prosecuted had proposed. The judge sentenced each defendant to fifteen years imprisonment along with accessory penalties, and also required them to pay the mother of the deceased the amount of 1,500 Pesetas.

October 22 was the date set for the jury in the second case, heard in the court of La Roda. The defendant was accused of abducting a young maiden. One the set day, the prosecutor presented a note by the victim's father granting forgiveness. The note desisted pursuing the crime, and thus, court was adjourned.

One day before this, a case about a robbery of money was heard by the court of Chinchilla. Its president framed six questions about the guilt of the defendant, whether the robbery had been committed at night, and whether the defendant was drunk at the time. The jury responded to the questions without prior explanation and returned a guilty verdict. In the judgment brought down by the court, the defendant was sentenced to three years imprisonment along with accessory penalties.

The last jury trial in 1889 took place on October 23 at the Yeste court. Its defendant had been accused of robbing wheat, a leg of bacon, and other foodstuffs. Almost all those called responded to the draw, except for three who alleged disease, along with one who had not been summoned correctly. Of the twelve jurors chosen, six were heads of households and six were authorities, of which one was a councillor and the remaining five ex-councillors.

The jurors, who tended to classify the offense committed as robbery, were asked three questions. One referred to the facts demonstrating the defendant's guilt, another if it had occurred at night, and the last as to whether a nighttime hour had been specifically sought. The jury responded affirmatively to all three questions, responding harshly by deeming the late hour of the offense to be an aggravating circumstance, which was something the prosecutor had not done in the charge. The court, taking into account the jurors' guilty verdict, passed sentence condemning the accused to four years imprisonment along with accessory penalties.

In the last quarter of 1889, the first jurors responding to the draw came from the judicial districts of Casas Ibáñez, La Roda, Chinchilla, and Yeste; to go there, they traveled by train, carriage, and as well by horseback. A decree from June 17 of that year had set the maximum daily allowance jurors were to receive at ten Pesetas. In Albacete, this was six Pesetas per day. To establish this amount, the rate charged to stay at second-class inns and guesthouses in the capital, three to four Pesetas per day, was taken into consideration. Some jurors renounced the allowance corresponding to them.

From 1890-99, the Jury Court of Albacete issued 290 verdicts: there were 157 guilty verdicts, 113 acquittals, and 20 for partial guilt. In the decade from 1900-09, the verdicts conserved in the Albacete Provincial Historical Archive correspond to eight of those years; missing are the data for 1904 and 1908. During this period, there were 228 verdicts: 99 were guilty verdicts, 121 were acquittals, and 8 were for partial guilt. From

1910-19, no verdicts are conserved in the Albacete provincial archives for the years 1913 and 1919. Data corresponding to 1915 only exist until June, and only three exist for 1917. The verdicts reached were as follows:

	Guilt	Acquittal	Partial guilt
1910	22	19	
1911	11	28	1
1912	11	13	
1914	9	16	
1915	5	9	1
1916	10	9	1
1917	2	1	
1918	6	15	2

Finally, from 1931-1935, the Albacete Territorial Court heard a total 86 cases: 37 resulted in acquittals and 49 were convictions. Throughout these five years, the juries presided over the following offenses:

• Dishonest abuses	3
• Breaking and entering	2
• Murder	4
• Bribery	1
• Corruption of minors	2
• Illegal arrest	1
• Homicide	26
• Theft	3
• Arson	3
• Infanticide	6
• Violation of constitutional duties	1
• Injuries	1
• Embezzlement	6
• Parricide	1
• Kidnapping	4
• Robbery	4
• Sedition	4
• Possession of explosives	1
• Rape	13

The Jury in Spain 1833-1843

José Antonio Pérez Juan

I. Introduction	121
II. The jury during the regencies	122
III. Conclusions	130

I. INTRODUCTION

19th Century Spain is particularly known for its serious political instability. The ideological struggle between the progressivists and the moderates reflected in the coming and going of constitutional texts was to have an effect on the regulations of the Jury. It cannot surprise anybody that popular Justice arose as a vindication of progressive political tendencies¹. The liberal dream of Justice being imparted by the people would be one of the maxims defended by the most radical sectors, and at the same time, would become an object of repulsion for the conservatives².

We have already had the opportunity to look into the establishment of the Jury in the first Spanish Constitutionalism³. Popular Justice would be established in Spain during the period of the Liberal Triennium. Unfortunately, the validity of that legal framework was conditioned by political events. The arrival of the “Cien mil Hijos de San Luis” (One hundred thousand children of St Louis) and the consequent absolutism condemned the Jury to ostracism. In 1833, with the death of the king, and while his daughter Isabel was still a minor, his wife Maria Cristina assumed the Regency of the throne. In this new historical context, popular Justice would be re-established in Spain. The conflict for the succession to the throne that arose from that moment onwards, and which led to the first Carlist war would condition the political development of this period. The liberals supported Isabel’s cause aware that this was “the only flag possible against the claims of Fernando VII’s brother. It was, therefore, an artificial alliance or, to put it another way an alliance of convenience”⁴.

María Cristina inherited an “oppressed Spain”⁵, with an antiquated institutional organigram, tied to the Old Regime and in need of substantial changes. It was not, therefore, a chance thing that from the very beginning, the regent concerned herself with renewing

¹ GÓMEZ RIVERO, R., *El tribunal del Jurado en Albacete (1888-1936)*, Albacete, 1999, page.9.

² ALEJANDRE, J.A, *La Justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid, 1981, page. 32.

³ PÉREZ JUAN, J.A., “Legal Framework for the Jury in the first Spanish Constitutionalism” in *Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts*, Regensburg, 2011, pages. 119-133.

⁴ COMELLAS, J.L., *Isabel II, una reina y un reinado*, Barcelona, 1999, page. 28.

⁵ CONDE DE ROMANONES, *Un drama político. Isabel II y Olózaga*, Madrid, 1942, pages. 31-32.

the administration system and transforming the political system⁶. On 10th April 1834 the Royal Statute was published. This charter was seen as incomplete and was limited to regulating the organization of the Cortes⁷. Despite the reforms undertaken, the most progressive political sector was not satisfied with the changes introduced and demanded that more effective modifications should be made. They considered the Royal Statute to be merely reminiscent of the Old regime, which could not lead to the establishment of a constitutional system in any way. Popular discontent broke out in the summer of 1836⁸. The irregular progress of the war, which at that time was favourable to the Carlist armies, as well as the uprisings by the different national Militias throughout the Peninsula explain the military revolt at the "La Granja de San Idelfonso"⁹. At Maria Cristina's summer residence, the military contingency guarding her revolted making her swear to the 1812 constitution¹⁰. From this time on, Spain recovered a large proportion of the liberties lost during the six year absolutism period and once again established Trial by Jury.

II. THE JURY DURING THE REGENCIES

1. The reestablishment of popular Justice

On 17 October 1836, press legislation, promulgated during the period of the Liberal Triennium, was restored¹¹. From that moment, the Jury regained its validity in Spain in accordance with the model and legal framework established during the first Spanish Constitutionalism¹². The decree of 22 October 1820, and its later modification in 1822, established a double trial of accusation and evaluation for press crimes¹³. The printed

⁶ In matters of Public Administration the main measures adopted were the creation of the sub-delegates of infrastructures and the provincial division. A broad study of these reforms in NIETO, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona, 1996, pages. 247 and the following.

⁷ TOMÁS VILLARROYA, J., *El Estatuto Real de 1834 y la Constitución de 1837*, Madrid, 1985, page. 17-19.

⁸ It was not the first time that the country had experienced a popular revolt. "In 1835, it was sparked off at the beginning of July in Zaragoza and began to spread each day to other cities, mainly on the East coast: Barcelona, Valencia, Málaga always with an identical development", NIETO, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional*, page. 111.

⁹ BAHAMONDE, A. and MARTÍNEZ, J.A., *Historia de España. Siglo XIX*, Madrid, 1998, page 207.

¹⁰ Decree of 13-VIII-1836, through which the regent reestablished the Constitution of 1812 „interin que reunida la nación en Cortes manifieste expresamente su voluntad o dé otra Constitución conforme a las necesidades de la misma“. A detailed account of the events of that night in La Granja in CAMBRONERO, C., „La reina gobernadora. Crónicas políticas de 1833 a 1840“, in *España Moderna*, Madrid, 1914, num. 307, pages. 8-11.

¹¹ *Suplemento a la Gaceta de Madrid*, Thursday 18 August 1836.

¹² Legislation would reestablish the law for the freedom of press of 22 October 1820, and the additional law of 12 February 1822. The last legal reform carried out during the Liberal Triennium in matters of press of 22 July 1823. The contents of this disposition have been studied in PÉREZ JUAN, "Legal Framework for the Jury in the first Spanish Constitutionalism", pages. 133-137.

¹³ A broad study of this legislation vid. in PÉREZ JUAN, "Legal Framework for the Jury in the first Spanish Constitutionalism", pages. 119-133. A large number of the points presented in this section have been taken from this study which I refer to for further reference or confirmation of any point.

texts were reported to the mayor of the capital of the province¹⁴. Popular action was recognized for the cases of sedition or subversion, but for the rest of the cases, active legitimization corresponded to the 'press prosecutor', to the Council administrators or to the public prosecutor or the courts of first instance, who acted *ex officio* or by demand of the governmental authorities¹⁵. The number of jurors had to triple the number of members of the local Corporation¹⁶. The Town Council and the provincial Government participated in their designation. The former designated a third, and the election of the two remaining thirds corresponded to the territorial authority¹⁷. The citizens who would make up the jury were chosen by sortition from this list or 'albo' for each case. In order to be a juror, it was necessary to be a citizen with full use of rights, over twenty five and reside in the capital of the province.¹⁸ The office was mandatory, and an economic sanction was established for those who did not comply with their duty without a justified reason¹⁹. Those who exercised any type of civil or ecclesiastical jurisdiction, political leaders, mayors, general commanders of the forces, secretaries of the Ministry and the employees of the Secretariats, State advisors and servants employed by the Palace were exempt from this responsibility²⁰. The members of the popular Tribunal were only liable if it were legally demonstrated that they had acted through conspiracy or bribes²¹. In order to guarantee objectivity, its resolutions were to be published in the *Gaceta del Gobierno* (Government Gazette), indicating the name of those who "had voted yes or no"²². By revealing the details and the direction of the vote, a sensible and responsible attitude was guaranteed, which would avoid resolutions being adopted secretly and which for the public would be very questionable²³. It was, in fact, another safeguard for the correct functioning of the institution²⁴.

The procedure was initiated in the main office of the Town Council with a public sortition of nine neighbours who would make up the accusation jury²⁵. After swearing in their office before the city mayor, those selected met behind closed doors to examine the

¹⁴ Art. 36, decree, 22-X-1820.

¹⁵ In the case of slander, legitimization corresponded to the person interested, Art. 33 and 35, decree, 22-X-1820 and Art. 10, decree, 12-II-1822.

¹⁶ Art. 38, decree, 22-X-1820.

¹⁷ In order to safeguard the elective, popular or democratic nature of the system the political leader and mayor, natural members of the Government and representatives of the central Government in the provinces, were prevented from participating in the designation of jurors, Art. 11, decree, 12-II-1822.

¹⁸ Art. 39, decree, 22-X-1820.

¹⁹ Arts. 41 and 42, decree, 22-X-1820.

²⁰ Art. 40, decree, 22-X-1820.

²¹ Art. 67, decree, 22-X-1820.

²² Art. 13, law 12-II-1822.

²³ As pointed out by Martínez Pérez the Jury "did not meet the objective that was expected of it in the Liberal Triennium, since it reflected the positions of the different factions which the liberal family had divided into.", MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, 1999, page. 525.

²⁴ PÉREZ JUAN, "Legal Framework for the Jury in the first Spanish Constitutionalism", page 133.

²⁵ Art. 43, decree, 22-X-1820.

case documents, eventually declaring whether to bring the case to trial or not. If the result was negative, the process would be taken as concluded. To the contrary, the process would continue and the case would be remitted to the court of first instance of the town²⁶. From this moment on, the technical judge intervened in the process, adopting the necessary procedures to detain the publication and to find out the identity of the author of the libel²⁷. Furthermore, when the printed text was susceptible to being qualified as subversive, seditious, or inciting to the first degree, the person responsible was ordered to be detained. Other situations demanded only a guarantor or guarantee from the accused which would be enough to cover the consequences of the procedure²⁸.

Following this, the evaluation trial took place. As in the accusation phase, the designation of twelve judges to make up the Jury would correspond to the municipal authorities. Their names were obtained by sortition from among those remaining from the first draw.²⁹ The accused could reject up to seven of those chosen within a maximum of twenty four hours and without alleging any reason or cause³⁰. The trial was public, the defendant and the claimant intervening alternately. After the prisoner's intervention, the magistrate concluded the hearing by narrating the development of the process as an "illustration to the jurors". Following this the Jury deliberated behind closed doors, issuing a verdict of absolution or guilt. In the first case, the prisoner was released, and all the bonds or guarantees agreed on were ordered to be lifted.³¹ At least eight votes in favour out of the twelve possible votes were required for the accused to be condemned. If the technical judge were to esteem that the jurors' evaluation was erroneous, he was authorized to suspend its execution, ordering a repetition of the process with a totally renewed evaluation Jury³². The sentence had to be published in the "Gaceta del Gobierno" (Government Gazette) and could be appealed before the provincial Court. Nevertheless, this appeal to the higher court was only possible for cases where the judge may not have applied the punishment established by law or when the formalities prescribed in the regulations had not been observed during the proceedings³³.

2. Jurors and press: constitutional recognition and legal reforms.

At the height of the Carlist war, we can witness an event of vital political importance; the promulgation of a new Constitution on 18 June 1837³⁴. It is a fundamental text, which

²⁶ 45, decree, 22-X-1820.

²⁷ Arts. 49 and 50, decree, 22-X-1820.

²⁸ In the cases of slander the parties were allowed to resolve the litigation by appearing before a conciliation trial before the city mayor, Arts. 51 and 52, decree, 22-X-1820.

²⁹ Art. 53, decree, 22-X-1820.

³⁰ In these cases the Council was applied to in order to make a new draw until the number of twelve jurors was reached, also with the possibility of being rejected, Arts. 54 and 55, decree, 22-X-1820.

³¹ Arts. 57-62, decree, 22-X-1820.

³² Arts. 66- 68, decree, 22-X-1820.

³³ Art. 75-76, decree, 22-X-1820

³⁴ This fundamental text along with the Royal Statute of 1834 have been studied by TOMÁS VILLARROYA, J., *El Estatuto real de 1834 y la Constitución de 1837*, Madrid, 1985. Likewise vid. VARELA SUAN-

appears in Spanish constitutional history as “the product of the agreement between the two factions of the liberal party”³⁵. It was a work of consensus and an attempt to bring the moderates and the progressives closer together, by drawing up a text which, on the basis of the 1812 Constitution, was able to include the ideological claims of both tendencies. In the constitutional articles, we can observe “a decline of radical liberalism” which was especially appreciated in the recognition of the principle of national sovereignty and the division of powers³⁶. Without going into too much detail, it is necessary to point out that its main contribution lies in the ordered and systematic recognition of the rights’ of individuals³⁷.

Among the many principles it recognizes is the principle of publicizing criminal procedures, although they did not dare to proclaim popular Justice in general and for all types of crimes. Instead, they opted to delay the establishment of the Jury affirming that “the laws will determine the time and the way that trial by Jury for all types of crime has to be established”³⁸. For Alejandro they were dealing with a “vague promise for the future” which was a reminder of the caution with which the Cadiz Constitution had approached the same problem some years earlier³⁹. We remember that in article 307 of the fundamental Cadiz text, the Cortes were empowered to establish a distinction between jurors and technical judges when it suited them⁴⁰. For the parliamentary members from the Isla de León, the separation of the functions that the magistrates exercised in ruling on the fact and the law at the same time was not only “healthy” but convenient. Nevertheless, the political pressures and disturbances of the time meant that its immediate implementation was unadvisable⁴¹. For the commission drawing up the Magna Carta in 1812, it was more appropriate to postpone the decision and empower the Cortes to implement it when circumstances permitted⁴². With Fernando VII’s death and his wife María Cristina coming into power, the scenario was not much more favourable. Besides this, the country was immersed in a civil war, which also meant it would not be very advisable to establish a Jury for all types of crime in 1837. This was acknowledged in the constitutional debate itself when the few voices raised in favour of the general establishment of popu-

ZES-CARPEGNA, J., “La Constitución de 1837: una Constitución transaccional”, in *Revista de Derecho Político*, num. 20, 1983-84, pages. 95-106.

³⁵ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Historia de las Instituciones político-administrativas contemporáneas (1808-1975)*, Madrid, 1994, page. 53.

³⁶ MERINO MERCHÁN, J, F, *Regímenes históricos españoles*, Madrid, 1995, page 80.

³⁷ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del Constitucionalismo español*, Madrid, 1955, page 233.

³⁸ Article 1 additional, Spanish Constitution 18 June 1837 in DE ESTEBAN, J., *Las Constituciones de España*, Madrid, 1998, page 174.

³⁹ ALEJANDRE, *La Justicia popular en España...*, page. 103.

⁴⁰ “If with time the Cortes believed that the distinction between Jurors and judges was not ideal, they would establish it in a way they judged as conducive”, Art. 307, 1812 Spanish Constitution in DE ESTEBAN, *Las Constituciones de España*, page 144.

⁴¹ PÉREZ JUAN, “Legal Framework for the Jury in the first Spanish Constitutionalism”, pag.

⁴² “(...) introducing a substantial change in the way of administering justice has been abstained from, convinced that the reforms of this transcendence have to be the fruit of meditation, of the most detailed and thorough examination, the only way to prepare public opinion so that it may receive these huge innovations without violence”, ARGÜELLES, *Discurso preliminar...*, page 97.

lar Justice in Spain were silenced by the majority in the Hemicycle⁴³. The military conflict and “the lack of customs” had led to the commission for drawing up the constitutional text to reject the idea:

“The commission desires to establish the Jury as much those who have just expressed themselves Mr. Vila and if the circumstances of the Nation were not so critical, the commission would not have hesitated in establishing it; but having considered the very serious difficulties to be found in the provinces, it has abstained from resolving this matter for now”⁴⁴.

In spite of the above statement, the 1837 Constitution would admit, and so it expressly acknowledges, the institution of the Jury for press crimes. Article 2 attributes the Jury with the absolute competence to find out about this type of illicit act.⁴⁵ Curiously, the same constitutional commission, which distrusted popular Justice for judging common crimes, considered the Jurors to be the only ones capable of processing and evaluating press abuse:

“(...) because these crimes can only be judged by Juries, then there is no legal proof in them. In the majority of texts, the body of the crime is ironically presented as an apologia, as a eulogy to the person who is being slandered. to unwanted institutions: How can the judges rule about this?”⁴⁶.

Again the press would be the laboratory used in Spain to experiment with the Jury. From the beginnings of the Spanish constitutionalism, the regulation of the press had

⁴³ The deputy who spoke in favour of the establishment of a Jury with a general character in 1837 regretted the consequences for the country if popular Justice were not implemented. He stated: “I am sorry gentlemen, national honour humiliated when we can hardly leave the limits of our frontiers without stepping on the land of a neighbouring country in which if we commit a crime we will be judged by Juries. And we do not have them in Spain? And the day has not come in Spain when we can establish them? And the legislators Of 1837, do they not consign them in their constitution? Do you gentlemen know what you are going to decree? That Spain is more ignorant, the most demoralized of all the nations that surround it. It does not have trial by jury. France has it, Portugal has them, all the nations that enjoy a representative government have them: but the 1827 legislators deny Spain this”, *Diario de Sesiones de Cortes* (from here-on DSC), num. 182, session 27 April 1837.

⁴⁴ He continues the argument in the following terms: (...) the commission also finds another circumstance related to the opportunity, in the lack of customs, because it is necessary to have beforehand other elements than those which we count on at present; and as the commission and each of the individuals that form part of it are persuaded that the object of the laws should be of public use, they believe that at this time this institution would not be as useful as it could be in the future”, DSC, num. 182, session 27 April 1837.

⁴⁵ “All the Spanish people can print and publish, let us free their ideas without prior censure, subject to the laws. The qualification of press crimes corresponds exclusively to the juries”, Art. 2, Spanish constitution 18 June 1837, in DE ESTEBAN, *Las Constituciones de España*, page 166.

⁴⁶ DSC, num. 152, session 28 March 1837.

concerned Spanish legislators⁴⁷. However, the regulations had been incapable of resolving press abuse.⁴⁸ The technical deficiencies, as well as the difficulties in the procedure for these processes had prevented the people responsible for the reported written texts from being punished, generating a climate of impunity which, far from helping to consolidate the Liberal regime, had damaged and weakened it⁴⁹. During the Regency of Maria Cristina, there was an attempt to put an end to these excesses. The context of the war and the Government's weakness made it necessary to adopt solid measures to suffocate public disorder⁵⁰. On 15 March 1837 press legislation was modified. On this occasion, the 1820 and 1822 decrees in force were not revoked, but complementary measures were adopted to strengthen the government's powers for press control and repression⁵¹. The new regulation was made up of only eight articles. It does not concern us to make an in-depth study of its contents. However, we should highlight some of its more important aspects⁵². On the one hand, for the first time in the history of Spanish law, it introduces a legal concept of newspaper⁵³. On the other hand, it regulates in detail the liability of the writers and editors, demanding a prior deposit as a guarantee of payment. In order to publish a newspaper, the editor had to be in full use of his civil rights, as well as being the head of the family with a house open in the city where the paper would have its headquarters.⁵⁴

⁴⁷ I have had the occasion to be involved in the first laws that regulated the press in Spain in the work by PÉREZ JUAN, J.A., "The freedom of the press in the Cortes of Cádiz" in *Actas del Congreso conmemorativo del bicentenario de la Constitución de Cádiz*, Berlín 23 de marzo de 2012 (in print). In order to find out about the legal framework of the press in these early stages vid. LA PARRA LÓPEZ, E., *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz*, Valencia, 1984 y ÁLVAREZ JUNCO, J. y DE LA FUENTE MONGE, G., *El nacimiento del periodismo político. La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*, Madrid, 2009. Likewise, and on a wider level, vid. FIESTAS LOZA, A., "La libertad de imprenta en las dos primeras etapas de liberalismo español", in *Anuario de Historia del Derecho español*, num. 59 (1989), pages. 351-490.

⁴⁸ In order to discover the way press abuses were judged in the Cadiz period, consult PÉREZ JUAN, J.A., "Los procesos de imprenta en las Cortes de Cádiz", en *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, José Antonio Escudero López (director), Madrid, 2011, Tomo II, pages. 230-246.

⁴⁹ VILLAVARDE, I. "Historia de una paradoja: los orígenes de la libertad de expresión" in *Giornale di Storia Costituzionale*, num. 6 II semestre 2003, page 183

⁵⁰ PÉREZ JUAN, J.A., "La aplicación de la ley de imprenta de 15 de marzo de 1837", in *Anuario de Historia del Derecho Español*, Volume 76 (2006), page 674.

⁵¹ The parliamentary commission of the legal text of March 1837 makes special reference to the fact that the new regulations do not revoke the press decree of 1822, in force at that time as a consequence of the events at La Granja in August 1836. It pointed out: "The commission has found the freedom of press established, and has also found the institution of the Jury established, and under these two poles the commission has not found it necessary to fix the restrictions and the freedom that those who exercise this right should have", DSC, num. 125, session 25 February 1837.

⁵² A wide and detailed study of parliamentary debate which led to the promulgation of this law, its contents and its implementation have been the subject of a thorough study in PÉREZ JUAN, J.A., "La aplicación de la ley de imprenta de 15 de marzo de 1837", in *Anuario de Historia del Derecho Español*, Volume 76 (2006), pages 667-703. This research has been used as a basis to present in this article the articles of the cited law.

⁵³ "A periodical will be understood for the purpose of the law, any printed text published at determined or uncertain intervals, as long as it is under a title previously adopted and is no more than six folds of print", Art. 2, law, 15-III-1837, in *Gaceta de Madrid*, num. 842, Sunday 26 March 1837.

⁵⁴ Art. 3, law, 15-III-1837.

The fee to be allocated varied according to the city where the paper was published⁵⁵. It was the political leader, as a delegate of central power in the province, who had to supervise the fulfillment of these requirements, as well as ensuring that the contents of the publication coincided with what the title headline announced. It is necessary to take into account that the demand for a prior deposit was not applied to literary or cultural periodicals, making it necessary to develop a mechanism to prevent political or subversive texts from being included under the adjective of cultural publication,⁵⁶. The extensive powers conferred on the highest political authority raised a problem. What would happen if the political leader, arbitrarily denied authorization for publishing a periodical? Who would supervise his action? Legislation attributed this control to the Jury, which is an interesting point to highlight. In the parliamentary debate some sectors of the hemicycle were wary of the fact that popular Justice should acquire these supervisory attributions over the governing authority⁵⁷. However, the majority of the Cortes was in favour of the jurors being the ones who would develop this task of vigilance. In its opinion, the Government should be excluded from this power because of the slowness and difficulties that the editor may find to get to Madrid to defend his rights. In the same way, neither could it fall upon the provincial Government, since this Corporation did not meet throughout the year and this could unnecessarily prolong the resolution of the process. Furthermore, their impartiality would not be guaranteed due to the fact that the political leader was their president. Finally, the territorial Supreme Court was rejected because of the distrust about the fact that some of its judges, "linked to old institutions", could influence the offended⁵⁸.

The law was only six months in force. Mid October of this same year the Cortes approved new legislation which regulated the freedom of press and trial by Jury in more detail⁵⁹. It is true that the problems had not been completely resolved. The papers continued being destructive and the regulation approved in March 1837 turned out to be insufficient. At that time, Madrid was experiencing serious public disorder, mostly caused by the excesses of the freedom of press. This is what is understood from the words by the press prosecutor, calling for coercive measures "against the abuses that are frequent-

⁵⁵ In Madrid forty thousand "reales" were asked for; thirty thousand in Barcelona, Cadiz, Seville and Valencia; twenty thousand in Granada and Zaragoza; and ten thousand in the remaining cities, Art. 1, law, 15-III-1837.

⁵⁶ Art. 8, law, 15-III-1837.

⁵⁷ In this sense the deputy Mata Vigil expressed himself: "(...) I find no reason why the Jury is required to intervene in the examination of the documents that the paper editors have to present. I believe that these documents should be presented to the constitutional mayor, or in another case the political leader, but in no way should the Jury be appealed to (...)", DSC, num. 126, session 26 February 1837.

⁵⁸ DSC, num. 126, session de 26 February 1837. The article was approved in this way: "Art.3. (...) The political leader will decide about these requirements within 48 hours; and if he does not do so, or judges that the documents presented do not prove them, the mayor will call, in the case of the editor, the jury of accusation who will definitively decide that aptitude or lack of it of the editor, in the same way as a case or no case is decided in the charges about press", Law 15-III-1837, freedom of press, Gaceta de Madrid, num. 842, Sunday 26 March 1837.

⁵⁹ This is the law of 17-X-1837 of freedom of press. The original copy of this law can be found in the ACD, Legajo 130-58, Proyecto de ley sobre abusos de la libertad de imprenta.

ly made against the freedom of press, which is a clear testimony that the law that governs is insufficient”⁶⁰. A clear illustration of the consequences of the application of the Jury at this time is included in the article, “Instructor o repertorio de Historia, Bellas Letras y Artes” (Instructor or Repertoire of History, Literature and Fine Arts):

*“(...) but because of the revolution at the Granja, in August 1836, the press returned to a perfectly free state, and the new Cortes established a jury to decide about abuses. However, abuses went unpunished, because having left the responsibility to articles’ authors, the enemies of the system were going to the prisons, and for four “reales” a criminal signed the most slanderous paper without reading it, and so the law was frustrated because of finding no responsibility in the person who had signed it.”*⁶¹

The press law of 17 October 1837 increased the measures for guaranteeing the impunity of press crimes⁶². On the one hand, the paper’s editor is attributed as the only one responsible for everything that is published in its pages and headlines. On the other hand, it authorizes the Cortes itself, as an exception, to find out about and judge press abuses which directly attack Congress or any of its co-legislating bodies and obstruct its constitutional functions⁶³. Likewise, political leaders or mayors are empowered to detain or prevent the circulation of any publication which they consider pernicious for public peace where they do not reside. In order to guarantee these attributions, those responsible for the papers would be obliged to hand to the governmental authorities a copy of all their editions before the circulation of the issues⁶⁴. Undoubtedly, we find ourselves before a highly restrictive regulation, which was accused of restoring “prior censorship” in Spain”⁶⁵. Indeed, we find ourselves before a considerable set-back in the exercise of the freedom of press, justified by the serious political context which was sweeping across the country at that time.

The new regulation maintains trial by Jury under the terms established until then, although it introduces important modifications both in active legitimation and in its composition. The figure of the prosecutor, chosen by the Deputies, disappears and the capacity to denounce the press corresponds to the public ministry of the courts of the first instance. The legal action would prescribe within sixty days as from the publication of

⁶⁰ DSC, num. 306, session 11 September 1837.

⁶¹ El instructor o repertorio de Historia, Bellas Letras y Artes, Volume IV, London, 1837, page.306.

⁶² The new press law was promulgated on 17 October 1837. Its contents are fully published in the Gaceta de Madrid, num. 1057, Saturday, 21 October 1837.

⁶³ Art. 11, law, 17-X-1837, libertad de imprenta.

⁶⁴ Arts. 12 and 13, law, 17-X-1837, libertad de imprenta.

⁶⁵ During the debates some members of parliament remembered that in the previous legislation it was not possible to detain or stop any publication without the accusation jury having previously intervened, DSC, num. 325, session 30 September de 1837.

the paper⁶⁶. Likewise, to be a juror, it was necessary to meet financial requirements. From now on, besides being Spanish and not being legally incapacitated, it would be necessary to contribute large amounts to the State's treasury, which would vary according to the city of residence⁶⁷. This is undoubtedly the main novelty which the new legislation introduces. For the first time in the history of the Jury in Spain, the financial element is included as a requirement for participating in popular Justice. The measure was widely and thoroughly questioned in the Hemicycle. Nevertheless, the majority supported the proposal, considering it valid for guaranteeing independence and the good work of the jurors. It is important to highlight this last point, since the measure is related to another important modification in the functions of popular Justice. As from the 1837 reform, the jury members' vote would be secret⁶⁸. Those who drew up the new law justified the decision on the understanding that propriety guaranteed equality in the actions of the jurors, without any type of supervisory mechanism and/or responsibility being necessary⁶⁹. Besides these modifications, the law of 17 October 1837 would change the system established for creating the lists of jurors. The lists of candidates were drawn up in the Councils and included all the neighbours with a level of income as indicated in the legislation. All their names were deposited in an urn and those who would make up the juries of accusation and evaluation would be drawn by sortition. For the latter case, seventy candidates were included, allowing the parties to reject up to thirty. The twelve resulting candidates would make up the grand Jury⁷⁰.

The legal framework described was in force in Spain until 1844. The fall of the Regency and Isabel II's ascension to the throne would also bring with it, the involvement of the more conservative or moderate political factions in governmental tasks⁷¹. On 10 April 1844 a new decree was promulgated, which would change the configuration of the Jury again⁷².

III. CONCLUSIONS

The Jury in Spain would be linked to the political upheavals that the country was to experience for the first half of the 19th century. The access to power by the progressivists and the moderates during these years would not only bring with it a change in the constitutional regime, but also a modification in the configuration of popular Justice.

⁶⁶ Arts. 12 and 16, law, 17-X-1837, libertad de imprenta.

⁶⁷ "In Madrid the Jury would be made up of all the taxpayers with direct contributions of 500 rs; in Barcelona, Cadiz, La Coruña, Granada, Valencia and Zaragoza taxpayers of 400 rs.; and 100 in the other cities and towns of the Peninsula, with proof that tax has been paid", Art. 3, law, 17-X-1837, libertad de imprenta.

⁶⁸ Art. 8, law, 17-X-1837, libertad de imprenta.

⁶⁹ "The commission will never distrust a citizen who pays a respectable contribution and has a social position and fortune due to his work, unless there is sufficient reason to", DSC, num. 310, session 15 September 1837.

⁷⁰ Aforementioned in arts. 5-7, law, 17-X-1837, libertad de imprenta.

⁷¹ BAHAMONDE and MARTINEZ, *Historia de España*. Siglo XIX, pág. 249.

⁷² *Gaceta de Madrid*, num. 3497, Thursdays, 11 April 1844.

The demands of the liberals would force the regent Maria Cristina to reestablish the Jury in Spain in August 1836. On that occasion it would function in accordance with the legislation promulgated during the period of the Liberal Triennium, with the difference of having an accusation Jury and an evaluation jury exclusively for press crimes.

The Carlist war and especially the climate of political instability that the country experienced during the thirties advised against the 1837 Constitution acknowledging the Jury in a general way for all types of crimes. Nevertheless, the constitutional regulations did proclaim its validity to judge press abuses.

The excesses of the press would force the reform of its legal framework in 1837. The first change, which took place in March of that year, would affect the regime of responsibility by creating the figure of the liable editor. From that time on, the directors of the papers would have to allocate a financial amount to carry out their activity. Only a few months later, in October, a new law would be promulgated which would change its functions and the make-up of the Jury. For the first time in the history of this institution in Spain, financial capacity will be required to be a Juror. This new requirement is established, in the opinion of its defenders, to guarantee the objectivity and equality of non-technical judges, allowing for their election to be carried out in councils by sortition and for their opinion to be secret.

Die Einführung der Geschworenengerichtsbarkeit in der Schweiz bis 1850

Lukas Gschwend

I. Einleitung	133
II. Begriffserklärungen und Abgrenzungen	134
III. Herkunft der Jury und Einflüsse auf die schweizerischen Geschworenengerichte	136
IV. Einführung der ersten Geschworenengerichte in Genf	139
V. Die Situation in der Helvetischen Republik (1798-1803)	140
VI. Die weitere Entwicklung bis 1848	141
VII. Schlussfolgerungen	147

I. EINLEITUNG

Die Institution der Geschworenengerichte verfügt über ein verzweigtes historisches Wurzelwerk. So führt eine genealogische Linie zur englischen Gerichtsbarkeit des Mittelalters, welche über die Mitwirkung von auf Wahrheit und göttlicher Gerechtigkeit vereidigten Urteilern durch ein Bevölkerungssegment mitgetragen wird, das über den Kreis des Adels hinausreicht. Die Anfänge des Juryverfahrens gehen in England bis ins 12. Jahrhundert zurück.¹ Ein eher ideen- und institutionsgeschichtlich relevanter Bezug wurzelt in der Aufklärung des 18. Jahrhunderts, welche Justizreformen forderte, namentlich die Gewaltenteilung, die Abkehr vom Inquisitionsprozess und von der Kabinettsjustiz sowie die Einführung des Öffentlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzips. Diese zweite Linie wird im Gefolge der französischen Revolution zum Treiber einer radikalen Demokratisierung jedenfalls der Strafgerichte in verschiedenen kontinentaleuropäischen Staaten und auch in einigen Schweizer Kantonen. Obwohl der Jury ein im Grunde echter demokratischer Charakter zugesprochen wurde, kritisierte man sie mitunter als Instrument einer Justizaristokratie, welches nur den Wohlhabenden und Privilegierten die Möglichkeit als Geschworene zu wirken ermöglichte.² Im 19. Jahrhundert führten viele Staaten Geschworenengerichte nach englischem und französischem Vorbild ein.³ In

* Mein Dank gebührt meinen Assistierenden Matthias Kuster, M.A. HSG und Karin Ingber, M.A. HSG, für ihre Unterstützung bei den Rechercharbeiten zu dieser Studie sowie für die Fussnotenbereinigung.

¹ Vogel Gian Paolo, Das Schwurgericht im englischen Strafprozess, Dissertation an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Winterthur 1953, S. 8 ff.

² von Feuerbach Paul Johann Anselm, Betrachtungen des Geschworenengerichts (1813), Neudruck: Goldbach 1999, S. 101 ff.

³ So wurde u. a. in Irland, Malta, Kanada, Ostindien, Australien und einzelnen Staaten Nordamerikas die Jury nach englischem Vorbild eingeführt und zum Bestandteil des gesamten angelsächsischen Rechtskreises. Vgl. Mittermaier Carl Joseph Anton, Das englische, schottische und nordamerikanische Straf-

der Schweiz fanden Geschworenengerichte erstmals Ende des 18. Jahrhunderts Eingang und wirkten sich massgeblich auf die weitere Entwicklung des Rechtssystems auf Bundesebene und in den einzelnen Kantonen aus. Die stark von der französischen Rechtstradition beeinflussten, einem überlebten, wenn auch nur partiell dem spätabolutistischen Patrimonialismus verbundenen Westschweizer Kantone nahmen nach 1803 die Vorreiterrolle bei der Einführung von Jurygerichten ein. Die kleinen Landkantone der deutschsprachigen Schweiz, welche bis ins 19. Jahrhundert an ihrer ins Mittelalter zurückreichenden Schöffengerichtsbarkheit festhielten, sahen keinen Bedarf für eine weitergehende Demokratisierung und Institutionalisierung der Justiz. Geschworenengerichte standen vielmehr im Ruf des unerwünschten französisch Fremdartigen und Elitären, zumal Geschworene bisweilen nicht demokratischer ausgewählt wurden als die Richter und Urteiler der traditionellen Gerichtsbarkheit. Die in der Strafuntersuchung fehlende Öffentlichkeit und der Inquisitionsprozess wurden in diesen Kantonen bis in die Regenerationszeit keineswegs als überkommene Altlast wahrgenommen. Das Vertrauen in die Gerichtsbarkheit war im Gegensatz zu vielen anderen europäischen Regionen relativ intakt, namentlich finden sich in diesen ländlichen Kantonen nur wenige Quellen, aus welchen geschlossen werden könnte, dass die Bevölkerung die Tätigkeit der Gerichte als intransparent und willkürlich empfunden hätte.

II. BEGRIFFSERKLÄRUNGEN UND ABGRENZUNGEN

Innerhalb von 10 Jahren wurden in verschiedenen Schweizer Kantonen⁴ ab 1848 besondere Strafgerichte eingeführt, welche vom Grundsatz der Trennung der Aufgaben zwischen den Geschworenen und dem Gerichtshof getragen wurden. Die Begriffe Geschworenengericht und Schwurgericht wurden synonym für diese Gerichtsform verstanden. Auch nach der Abschaffung⁵ der getrennten Beratung von Geschworenen und Gerichtshof zugunsten des Grundsatzes der gemeinsamen Urteilsfindung in verschiedenen Kantonen wurden diese Bezeichnungen beibehalten.⁶ Zum besseren Verständnis der folgenden Ausführungen werden diese Begriffe kurz erläutert. Sie müssen insbesondere vom im deutschsprachigen Rechtsraum und namentlich in der Schweiz überaus verbreiteten, auf die mittelalterliche Justizpraxis zurückgehenden Laien- oder Schöffengericht ab-

verfahren im Zusammenhange mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsübung, Erlangen 1851, sowie Pfenninger Hans Felix, Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes. Ausgewählte Aufsätze, Zürich 1966, S. 254.

⁴ Bern, Freiburg, Thurgau, Zürich, Tessin, Aargau, Neuenburg und Solothurn. Genf und die Waadt führten die Geschworenengerichte bereits früher ein. Vgl. Rothenberger Christian, Geschichte und Kritik des Schwurgerichts-Verfahrens in der Schweiz, Dissertation an der juristischen Fakultät der Universität Bern, Bern 1903, S. 6, sowie Kap. 4 und 6.1.

⁵ 1895 im Kanton Tessin, 1928 im Kanton Bern, 1938 im Kanton Neuenburg, 1940 im Kanton Waadt, 1958 im Kanton Aargau und 1960 im Kanton Solothurn. Beibehalten wurde die getrennte Beratung von Geschworenen und Gerichtshof in Genf und Freiburg. Vgl. Fehr Max, Das zürcherische Geschworenengericht, Dissertation an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich 1975, S. 2.

⁶ Fehr, Fn. 5, S. 1 f., sowie Vogel, Fn. 1, S. 8 ff.

gegrenzt werden, da es sich bei den kontinentaleuropäischen Geschworenengerichten um eine justizielle Innovation handelt, die massgeblich auf die Aufklärung und die Erhebung des liberalen Rechtsstaats mit demokratischen Elementen zum Ideal zurückzuführen ist.⁷

Charakteristisch für das Geschworenengericht bzw. Schwurgericht⁸ war die Berufung von Laien zur Urteilsfindung in der Meinung, dass diese ohne juristische Kenntnisse aufgrund ihrer Volksverbundenheit für die Lösung bestimmter Fragen besser qualifiziert seien als Juristen. Die Geschworenen wurden typischerweise für einzelne Fälle berufen und wirkten nicht als ständige Richter. Der Grundgedanke dieser Handhabung lag darin, dass man speziell auf den gesunden Menschenverstand und die Lebenserfahrungen der Nichtjuristen abstellen und bürgernahe, nicht weltfremde Entscheidungen erreichen wollte. Die Laien hatten grundsätzlich wie die Berufsrichter selbständig und unbefangen zu entscheiden. Dieses Prinzip konnte im Schwurgericht durchbrochen werden, wenn die Geschworenen zur Urteilsfindung den Schwurgerichtshof konsultierten, welcher beratend oder anweisend tätig wurde. Dabei war insbesondere fraglich, wie weit die Selbständigkeit der Geschworenen eingeschränkt werden durfte, damit das Schwurgericht an sich noch eine Instanz aus entscheidenden Laien blieb.⁹ Dies war gewährleistet, wenn die Schuldfrage ausschliesslich von den nichtbeamteten Laien beurteilt wurde, der beigezogene Gerichtshof als Fachgremium dagegen lediglich über die Urteilsfolgen entschied. Das Geschworenengericht kann demnach definiert werden als «[...] ein Gericht, bei dem die Urteilsaufgabe so geteilt ist, dass nichtständige, in der Regel nicht rechtsgelehrte Richter selbständig mindestens die Tatfrage zu lösen haben.»¹⁰

Das Schöffengericht bestand in der Regel – allerdings nicht zwingend – zwar auch aus Laien ohne juristische Ausbildung, welche bisweilen nur für einen Straffall oder für kurze Zeit als Richter ernannt oder gewählt wurden. Im Unterschied zum Geschworenengericht entschieden die nichtständigen Schöffen aber in einem Kollegium mit ständigen Richtern und beurteilten sowohl die Schuldfrage als auch die Urteilsfolge unter dem Vorbehalt des Gerichtsdualismus gemeinsam. Dabei waren die Schöffen den Berufsrichtern in der Entscheidungsbefugnis weitgehend gleichgestellt. Charakteristisch für das Schöffengericht war also die Unteilbarkeit der Urteilsaufgabe, indem die Beantwortung von Schuld- und Straffrage dem Gesamtgericht unterlag.¹¹

⁷ Vgl. dazu Fehr, Fn. 5, S. 10, sowie Suter Hans, Das Schwurgericht im aargauischen Strafprozess, Dissertation an der juristischen Fakultät der Universität Bern, Aarau 1940, S. 5.

⁸ Diese Begriffe werden nachfolgend synonym verwendet.

⁹ Fehr, Fn. 5, S. 3 f.

¹⁰ Kocher Jan Paul, Das Geschworenengericht nach der aargauischen Strafprozessordnung vom 11. November 1958, Dissertation an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Aarau 1965, S. 28.

¹¹ Pfenninger, Fn. 3, S. 256 f.

III. HERKUNFT DER JURY UND EINFLÜSSE AUF DIE SCHWEIZERISCHEN GESCHWORENENGERICHTE

Ursprünglich wohl ein germanisches Rechtsinstitut, welches durch die Angelsachsen und Normannen¹² auf die Britische Insel gebracht wurde, entwickelte sich das Schwurgericht dort über Jahrhunderte hinweg zu seiner speziellen Form des Zusammenwirkens zwischen Juristen und Laien in der Strafrechtspflege. Das Geschworenengericht war über ein halbes Jahrtausend in England heimisch, bevor es im Gefolge der französischen Revolution in manche kontinentaleuropäischen Prozessrechte Eingang fand.¹³ Mit der Besetzung von Gerichten durch idealerweise vom Volk gewählte einfache Bürger anstelle ausschliesslich von der Regierung ernannten und damit abhängigen Berufsrichtern, garantierte die Jury für die Unabhängigkeit der Rechtsprechung von der exekutiven Staatsgewalt und stellte eine grösstmögliche Beteiligung des Volkes an der Verwirklichung der Rechtsordnung sicher. Geschworenengerichte dienten damit auch als Repräsentationsinstrument des Volkes.¹⁴

Von Feuerbach z. B. sprach sich bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts explizit für die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens aus, da in schriftlichen Verfahren die Gefahr der Entscheidungsfindung anhand der Vorakten bestand und die Beteiligten dadurch in einem mittelbaren und willkürlichen Verhältnis zum Gericht standen.¹⁵ Durch die Einberufung von Laien wurde die Jury als Teil der Staatsverfassung eines Volks und als Mittel, die Freiheit einer Nation gegen die Eigenmacht weniger zu sichern, angesehen.¹⁶ Man sah eine grosse Chance darin, dass Laien aufgrund der tieferen Volksverwurzelung und der praktischen Auffassung besser geeignet seien, Verbrechen zu würdigen, als Berufsrichter, die den Sinn für das Recht verlieren. Allerdings äusserten sich auch kritische Stimmen gegenüber den neuen Prinzipien. Von Feuerbach rügte den Mangel wirksamer Rechtsschutzgarantien für den Angeklagten und verwies darauf, dass auch unter den neuen Formen der Inquisitionsprozess im Grunde ungestört weitergeführt werde.¹⁷

Die englische Jury zeichnete sich durch eine zwölfköpfige Geschworenenbank aus, welche einstimmig über die Schuldfrage zu entscheiden hatte. Charakteristisch war seit jeher die mündliche Hauptverhandlung vor den Geschworenen und die Öffentlichkeit der

¹² Historisch lässt sich die Institution des Schwurgerichts bis auf seinen nationalen und juristischen Ursprung in der Normandie zurückverfolgen. Vgl. Brunner Heinrich, *Die Entstehung der Schwurgerichte*, Berlin 1872, S. 11 ff. sowie Suter Hans, Fn. 7, S. 1 f.

¹³ Biener Friedrich August, *Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte*, Leipzig 1827, S. 300 ff. sowie Brunner, Fn. 12, S. 11.

¹⁴ Pfenninger Hans Felix, *Schwur- und Schöffengericht in der Schweiz*, Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, Heft 4 1038, Basel 1938, S. 710a f.

¹⁵ von Feuerbach Paul Johann Anselm, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit in der Gerechtigkeitspflege*, Band I, Giessen 1821, S. 240 f.

¹⁶ von Feuerbach, Fn. 2, S. 101 ff.

¹⁷ von Feuerbach Paul Johann Anselm, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit in der Gerechtigkeitspflege*, Band II, Giessen 1825, S. III.

Urteilsverkündung.¹⁸ Die Jury wirkte eng mit dem Richter zusammen und stand diesem in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis gegenüber; denn der Richter konnte, wenn er eine Entscheidung für falsch hielt, den Wahrspruch zurückweisen oder den Fall sogar aussetzen und vor ein neues Schwurgericht bringen. 1825 wurde die Wählbarkeit der Geschworenen gesetzlich verankert und schrieb Land- oder Hauseigentum vor, wodurch implizit die Mehrheit der Bürger von der Wahl zu Geschworenen ausgeschlossen wurde.¹⁹ Geschworenengerichte waren in anklageschriftlichen Verfahren, sogenannten «trial on indictment» vorgesehen. Ein Fall wurde nach der schriftlichen Anklageerhebung entweder ohne Voruntersuchung vor das zuständige Gericht gebracht oder ein Vorverfahren vor dem Friedensrichter geführt, in welchem eine Anklagejury in einem meist kurzen und nicht öffentlichen Verfahren entschied, ob der Angeklagte für verdächtig zu befinden war und somit formell in den Anklagestand versetzt werden sollte oder nicht.²⁰ Die Urteilsjury in der Hauptverhandlung entschied in einer geheimen, streng von der Umwelt abgeschirmten Beratung ohne Aktenkenntnis. Der Obmann der Jury verkündete in öffentlicher Sitzung den Urteilsspruch ohne Angabe von Gründen, danach entschied der Richter über das entsprechende Strafmass.²¹

Ein zweiter wichtiger Einfluss auf die Entwicklung der Geschworenengerichte in der Schweiz kam aus Frankreich. Mit der Revolution 1789 und dem Sturz der absolutistischen Staatsform wurde auch die Prozessform des Inquisitionsverfahrens umgestaltet und das Schwurgericht in doppelter Form als Anklagebehörde und Urteilsjury in der französischen Revolutionsgesetzgebung vom 16. und 29. September 1791 verankert.²² Die Leitideen des neuen Strafprozesses – öffentliche Verhandlungen, das Recht auf Verteidigung sowie die freie Beweiswürdigung – wurden stark vom englischen Jurysystem beeinflusst und die Zahl von zwölf Laienrichtern, welche selbständig über die Schuldfrage des Angeklagten entschieden, vom englischen auf das französische Geschworenengericht übertragen. Die Beschlussfassung erfolgte durch einfache Mehrheit.²³ Nach dem Ermittlungsverfahren, welches primär der Beweissammlung diene und dem Zwischenverfahren, in dem die Eröffnung des Hauptverfahrens aufgrund der Beweislage überprüft wurde, folgte die Hauptverhandlung. Die Geschworenen waren zur Befragung von Zeugen befugt und zogen sich anschliessend zur geheimen Beratung zurück. Allerdings standen der Jury während der Beratung sämtliche Akten ausser den Zeugenprotokollen offen, und die Sitzung durfte von jedermann mit schriftlicher Erlaubnis des Präsidenten besucht werden. Der Präsident selbst durfte das Beratungszimmer nur auf Ersuchen der Geschworenen und unter Beisein von Staatsanwalt und Verteidiger betreten. Die Entscheidung der Jury wurde in einer öffentlichen Verhandlung bekannt gegeben,

¹⁸ Klaere Helmut, Die Entstehung der Schwurgerichte im 19. Jahrhundert, in: Zeitschrift für Rechtstheorie (elektronische Version), 2009/4, gefunden unter: <http://jesz.ajk.elte.hu/klaere3.html> am 24. März 2010, S. 2.

¹⁹ Kocher, Fn. 10, S. 30 f.

²⁰ Mittermaier Carl Joseph Anton, Fn. 3, S. 90 ff.

²¹ Mittermaier, Fn. 3, S. 97 ff.

²² Suter, Fn. 7, S. 3.

²³ Klaere, Fn. 18, S. 5 ff.

zunächst allerdings ohne das Beisein des Angeklagten. Erst nachdem der Assisenhof auf die Möglichkeit eines Berichtigungsverfahrens verzichtet hatte, wurde die Entscheidung noch einmal unter Anwesenheit des Angeklagten verlesen.²⁴

Zwar war das französische Schwurgericht dem englischen nachgebildet, die beiden Jurssysteme unterschieden sich aber in wesentlichen Punkten erheblich: Das englische System kannte eine Anklagejury, im französischen Strafprozessrecht wurde diese Aufgabe einer besonderen staatlichen Anklagebehörde, dem «procureur d'état», zugewiesen. Dabei handelte es sich um eine staatliche Behörde und nicht um Laien. Unterschiede bestanden zudem im Umgang mit Beweisregeln: Im englischen Jurysystem war der Gerichtsvorsitzende für die grundsätzliche Würdigung des Beweismaterials zuständig, im französischen Schwurgerichtsverfahren erläuterte der Vorsitzende lediglich die gesetzlichen Bestimmungen und überliess die Beweiswürdigung gänzlich den Geschworenen.²⁵ Zudem war die Einführung der Jury in Frankreich stark politisch geprägt: Die Revolutionsverfassung von 1791 war primär ein politisches Instrument der Revolution, und die Schwurgerichte sollten in erster Linie als wirksames Schutzmittel gegen die Restitution absolutistischer Verhältnisse wirken. In England war eine derartige politische Instrumentalisierung der Jury nie beabsichtigt. In Frankreich wurde den Geschworenen als Vertreter des Souveräns daher die Würdigung der Tatfrage uneingeschränkt anvertraut, wodurch das Volk indirekt massgeblich an der Strafrechtspflege beteiligt wurde. Im Gegensatz zum englischen System wurden die Funktionen von Geschworenen und Richter scharf voneinander getrennt, um die Möglichkeit der Beeinflussung der Geschworenen gänzlich auszuschalten.²⁶

Die Schweizer Kantone, welche Geschworenengerichte einführten, richteten sich mehrheitlich nach dem englischen Vorbild, wobei besonders in den Kantonen der Westschweiz französische Einflüsse deutlich erkennbar sind. Allerdings wurde weder das französische noch das englische System in der Schweiz übernommen. Die meisten Kantone entwickelten Mischformen zwischen den beiden Modellen. Beispielsweise bestand nach dem englischen System das Erfordernis der Einstimmigkeit der Geschworenen für eine gültige Entscheidung, in Frankreich bedurfte eine solche des einfachen Mehrs und in den meisten Kantonen der Schweiz war die Beschlussfassung mit Zweidrittelmehrheit möglich.²⁷

²⁴ Klaere, Fn. 18, S. 8 f.

²⁵ Hoechstern Ernst Hermann, Lehrbuch des französischen Strafprozesses – Unter Berücksichtigung des Berner Gesetzes vom 2. März 1850 über das Verfahren in Strafsachen und des Württembergischen Gesetzes vom 14. August 1849 über das Verfahren in Strafsachen, welche vor die Schwurgerichtshöfe gehören, Bern 1850, S. 4 ff. sowie Klaere, Fn. 18, S. 2 ff.

²⁶ Buchner Adolf, Die französischen Revolutionstribunale und das Geschworenengericht, Erlangen 1854, S. 87.

²⁷ Vogel, Fn. 1, S. 87 ff.

IV. EINFÜHRUNG DER ERSTEN GESCHWORENENGERICHTE IN GENÈVE

Von der Einführung von Kriminaljurygerichten in Frankreich durch den Nationalkonvent 1791 inspiriert, wurde in der Constitution Genèveise vom 5. Februar 1794²⁸ ein komplexes Geschworenengerichtssystem verankert, welches für die Beurteilung von Kriminalfällen schlechthin zuständig war. Die Verfassung sah eine Anklagejury, eine Urteilsjury, eine Rekursjury und eine Militärjury vor. Die Anklagejury bestand aus zwölf Grands Jurés, welche zu prüfen hatten, ob die vom Syndic ermittelten Anklagepunkte auf einem die Anklage rechtfertigenden hohen Verdacht beruhten. Wurde dies bejaht, erhob der Procureur général in Anwendung des Akkusationsprinzips Anklage. Die Anklagejury hatte auch die Berechtigung der Anordnung von Untersuchungshaft und der Kautionsstellung zu prüfen. Die Grands Jurés wurden vom Volk für drei Jahre gewählt. Die Urteilschworenen (Jurés Assesseurs) wurden aus einem Kreis von insgesamt 36 Staatsbeamten ausgelost. Den zwölf Geschworenen standen je nach Schwere des Falls fünf oder sieben Richter vornehmlich mit Prozessleitungsaufgaben vor. Die Geschworenen hatten nur über die Schuldfrage zu beraten, welche unter dem Vorbehalt der Dreiviertelsmajorität zu beantworten war. Nach den Grundsätzen von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit waren sämtliche Akten vor den Geschworenen zu verlesen und alle Zeugenbefragungen in unmittelbarer Gegenwart der Geschworenen vorzunehmen. Sodann hatten die Parteien die Möglichkeit, Kreuzverhöre mit den Zeugen durchzuführen.²⁹

Mit der Annexion Genfs durch Frankreich 1798 wurde die Schwurgerichtsbarkeit modifiziert: Die Rekursjury fiel weg und die Anklagejury wurde, wie in Frankreich, 1808 aufgehoben. Nach dem Abzug der Franzosen 1813 reagierten die Genfer mit der Abschaffung verschiedener französischer Rechtsinstitute und so wurden auch die rückblickend als fremd und aufgezwungen empfundenen Jurygerichte abgeschafft.³⁰ Auch in Frankreich erlitten die Jury-Gerichte während der Restauration Rückschläge. Nach wiederholten Versuchen zur Wiedereinführung von Schwurgerichten zwischen 1827 und 1842 – Frankreich hatte die Jurygerichte nach der Julirevolution von 1830 im Folgejahr unter Louis Philippe wieder eingeführt – wurde im Zug radikaler politischer Umwälzungen 1844 durch Gesetzeserlass des Grossen Rates eine Urteilsjury mit 12 Geschworenen für die Beurteilung von Kriminalfällen restauriert.³¹ Geschworenengerichte standen in der Epoche der Regeneration für eine moderne, demokratisch-volksnahe und transparente Strafjustiz. In der Genfer Kantonsverfassung von 1847 wurden die Kompetenzen der Schwurgerichte durch Art. 96 explizit erweitert: „[...] Les attributions de Jury

²⁸ Constitution Genèveise, sanctionnée par le souverain le 5 Février 1794, l'an 3 de l'Egalité (modifiée et complétée le 6 d'Octobre 1796, l'an 5, ensuite du voeu exprimé, le 31 Août 1795 l'an 4, par un très grand nombre de Citoyens).

²⁹ Rothenberger Christian, Fn. 4, S. 7 ff.

³⁰ Graven Jean, Le jury et les tribunaux d'échevins en Suisse, Bâle 1938, S. 10a ff.

³¹ Loi sur l'institution du Jury en matière criminelle dans le Canton de Genève du 12 Janvier 1844.

pourront être étendues par la loi.»³² 1848 wurde die Zuständigkeit der Jury auch für korrektionselle Fälle eingeführt. Die Geschworenen wurden von der Bevölkerung gewählt und in Generallisten geführt, aus welchen die Kantonsparlamentarier in ihren jeweiligen Wahlbezirken je 500 Geschworene auszuwählen hatten. Die Ausgestaltung der Genfer Geschworenengerichte in ihrer zweiten Epoche erfolgte nicht mehr nur nach französischem sondern auch nach englischem und amerikanischem Vorbild. Die Verhandlungen waren seit 1848 durchgehend öffentlich und mündlich und somit dem englischen Verfahren nachgebildet. Weiterhin oblag dem Präsidenten aber das inquisitorische Zeugenverhör wie es im französischen System vorgesehen war und die Beschlussfassung erfolgte mit einfachem oder absolutem Mehr.³³

V. DIE SITUATION IN DER HELVETISCHEN REPUBLIK (1798-1803)

Nach der Niederwerfung der Alten Eidgenossenschaft durch Frankreich 1798 entstand mit der Helvetischen Republik ein dem französischen Vorbild eng verbundener Zentralstaat. Auch in der Gerichtsorganisation finden sich zahlreiche Ähnlichkeiten. Mit der Schaffung eines Helvetischen Strafgesetzbuches 1799 wurde auch die Einführung von Geschworenengerichten diskutiert. Die Meinungen dazu waren geteilt. Die helvetische Verfassung vom 24. Oktober 1801 sieht in § 85 zwar die Einführung von Jurygerichten in der peinlichen Rechtspflege vor. Allerdings wurde diese Verfassung schon nach vier Tagen wieder ausser Kraft gesetzt. Man gelangte letztlich trotz reger Diskussionen nicht über das Entwurfsstadium hinaus, denn bereits 1802 hatte die Helvetische Republik ihre Lebensspanne ausgereizt und die Gesetzgebungsprojekte wurden eingestellt.

Die Diskussion über die Einführung von Geschworenengerichten auf Bundesebene wurde dadurch kompliziert, dass in Anlehnung an eine Eingabe des Abbé de Sieyès 1795 an den französischen Nationalkonvent, auch die Einführung eines Schwurgerichts als Verfassungsgericht im Sinne einer institutionellen Verflechtung von Volk, Verfassung und Staat verhandelt wurde. Dieses Gericht sollte über den Gewalten stehen und deren verfassungsgemässes Handeln sicherstellen. Dabei sollte das Geschworenengericht aber nicht aus Laien, sondern aus Mitgliedern der gesetzgebenden Räte bestehen, die sich jedes Jahr zu einem Drittel erneuerten. Andere Vorschläge befürworteten eine Zusammensetzung des Gerichts aus vollziehenden und rechtsetzenden Organen. Auch eine Besetzung durch die Bezirksgerichtspräsidenten war aufgrund der besser zu verwirklichenden Demokratie in Betracht gezogen worden.³⁴

Ein Geschworenengericht als Hüter der Verfassung fand schliesslich aber doch keinen Eingang in die Verfassung; das Projekt wurde nie realisiert.³⁵ Der Gedanke, ein Ver-

³² Art. 96 Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 24. Mai 1847.

³³ Rothenberger, Fn.4, S. 30 f.

³⁴ His Eduard, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, erster Band: Die Zeit der Helvetik und der Vermittlungsakte 1798 bis 1813, Basel 1920, S. 197 ff.

³⁵ His, Fn. 34, S. 202.

fassungsgericht in der Schweiz einzuführen blieb indessen immer Gegenstand von Diskussionen.³⁶ 2011 wurde das Thema letztmals aufgegriffen und im Parlament über die Streichung des Art. 190 BV beraten, was zur Ermöglichung jedenfalls einer konkreten Normenkontrolle von Bundesgesetzen führen würde. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates stimmte diesem Vorhaben zu.³⁷

VI. DIE WEITERE ENTWICKLUNG BIS 1848

1. Die Geschworenengerichte in der Waadt

Beeinflusst durch die Genfer Erfahrungen mit den Geschworenengerichten stiessen solche auch im Kanton Waadt auf Beachtung. Der 1803 gegründete Kanton mit der Wappeninschrift «Liberté et Patrie» bemühte sich trotz stark rural geprägter Bevölkerungsstruktur intensiv um eine bürgerlich-moderne, liberaldemokratisch organisierte Rechtspflege, nicht zuletzt um sich dadurch von den vorausgegangenen drei Jahrhunderten als Berner Untertanenland abzugrenzen. 1819 organisierte die Waadtländer Regierung ein Preisausschreiben über die mögliche Einführung von Jurygerichten. Die von der Regierung wenig später präsentierte Vorlage zur Einführung solcher Gerichte scheiterte indessen am Unwillen des Parlaments. Eine Minderheit bemühte sich in den folgenden Jahren unverdrossen um die Wiederaufnahme der Diskussion mit der Begründung, Geschworenengerichte garantierten für eine demokratische Rechtsprechung. Die Gegner argumentierten mit der Beeinflussbarkeit von Geschworenen, dem fehlenden Rechtswissen, der stark lokalen Orientierung juristischer Laien und der fehlenden Kontinuität einer solchen Strafrechtspflege. Auch wurde eingewendet, juristische Laien seien nicht in der Lage, Tat- und Rechtsfrage klar zu trennen.³⁸

Erst als Genf 1844 die Jury wieder einführte, fand sich auch in der benachbarten Waadt eine Mehrheit für die Einführung einer Kriminaljury. Die ebenfalls zur Diskussion stehende Schaffung einer Ziviljury wurde indessen abgelehnt. Bereits in der waadtländischen Staatsverfassung vom 10. August 1845 war in einer Übergangsbestimmung eine Kriminaljury für die Beurteilung von Verbrechen vorgesehen.³⁹ Diese wurde im Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 31. Januar 1846 konkretisiert. Im selben Erlass finden sich auch die gesetzlichen Grundlagen für die Schaffung eines korrekzionellen Zuchtpolizeischwurgerichts.⁴⁰ Die Waadtländer Schwurgerichte waren im Wesentlichen eine Nachbildung der frühen französischen Geschworenengerichtsbarkeit.⁴¹ Die öffentli-

³⁶ Ebd.

³⁷ Vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 12. August 2011, Parlamentarische Initiativen – Verfassungsgerichtsbarkeit – Bundesverfassung massgebend für rechtsanwendende Behörden, gefunden unter: <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/05-445-07-476/Documents/bericht-rk-n-05-445-07-476-2011-08-12-d.pdf> am 7. März 2011.

³⁸ Rothenberger, Fn. 4, S. 31 f.

³⁹ Vgl. Art. 63 de la Constitution du 10 Août du Canton Vaudois (Arrêté du 10 Septembre 1845).

⁴⁰ Rothenberger, Fn.4, S. 35.

⁴¹ Graven, Fn. 30, S. 15a.

chen Sitzungen wurden auf ähnliche Weise wie in Frankreich geführt und die Geschworenen berieten sich geheim und nach freier moralischer Überzeugung.⁴² Für jeden der 19 Bezirke wurde je ein Kriminal- und ein Zuchtpolizeischwurgericht geschaffen. Für beide Typen waren eine Anklagejury und eine Urteilsjury mit jeweils zwölf Geschworenen vorgesehen.⁴³ Entscheidungen wurden mit Zweidrittelmehrheit bzw. absoluter Mehrheit gefällt.⁴⁴ Das Kriminalschwurgericht verfügte neben der zwölfköpfigen Jury zudem über einen Assisenhof von drei Richtern.⁴⁵ Die Geschworenen sollten jährlich in den Gemeinden im Verhältnis 1:100 Einwohner aus dem Kreis der Stimm- und Wahlberechtigten gewählt werden.⁴⁶ Wählbar war jeder Aktivbürger.⁴⁷ 1850 wurden die Kompetenzen der Schwurgerichte erweitert und die Listen der Geschworenen kamen neu durch Los und nicht mehr durch direkte Wahl zustande.⁴⁸ Diese zufällige Aufstellung der Geschworenen lief teilweise den demokratischen Maximen zuwider. Denn gerade die direkte Wahl der Geschworenen nach dem Gesetz von 1846 statuierte den direkt-demokratischen Charakter der Schwurgerichte und erschien gegenüber der repräsentativ-demokratischen Wahl der Geschworenen in Genf⁴⁹ fortschrittlich. Für jeden Fall der Kriminaljury war eine Dienstliste mit 94 durch das Los bestimmten Geschworenen zusammenzustellen. Staatsanwaltschaft und Angeklagter konnten je 40 Geschworene ablehnen.⁵⁰

In der Praxis erwies sich dieses partikularistische Geschworenensystem als äusserst aufwändig und schwerfällig. Umstritten blieben stets auch die Fragelisten, welche der Assisenpräsident vorzubereiten hatte. Diese erstreckten sich über sämtliche Teilfragen der Schuld. Ihre zuverlässige Beantwortung fiel den Geschworenen oft schwer. So wuchsen in den Folgejahrzehnten angesichts der fachlichen Schwächen die Bedenken gegen die Jury-Gerichte im Kanton Waadt. Dennoch kam man in der Verfassungsrevision von 1885 zum Schluss, die Abschaffung der Jury sei nicht gerechtfertigt, doch wurde deren Zuständigkeit massiv eingeschränkt. Die Geschworenengerichte blieben für politische Delikte garantiert, hatten im Übrigen aber nur noch schwerste Verbrechen zu beurteilen. Die Geschworenen sollten fortan nicht mehr die Schuld-, sondern nur noch die Tatfrage beantworten; die Zuchtpolizei-Jury wurde abgeschafft.⁵¹

⁴² Mittermaier Carl Joseph Anton, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, Stuttgart 1845, S. 169.

⁴³ Kocher, Fn. 10, S. 45.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ Art. 53 des Gesetzes über die Gerichtsorganisation im Kanton Genf vom 31. Januar 1846.

⁴⁶ His Eduard, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Zweiter Band: Die Zeit der Restauration und der Regeneration 1814 bis 1848, Basel 1929, S. 334.

⁴⁷ Rothenberger, Fn. 4, S. 36.

⁴⁸ Rothenberger, Fn. 4, S. 39.

⁴⁹ In Genf wurde die Urteilsjury durch den Gerichtspräsidenten aus einer Liste von 32 befähigten Geschworenen bestellt. Vgl. Rothenberger, Fn. 4, S. 21.

⁵⁰ Rothenberger, Fn. 4, S. 40.

⁵¹ Kocher, Fn. 10, S. 45.

2. Die Situation in den anderen Kantonen der französisch beeinflussten Westschweiz

Wie Genf waren nach 1798 auch Teile des ehemaligen Fürstbistums Basel, des Berner Jura, das Fürstentum Neuenburg sowie Teile des Wallis von Frankreich besetzt. Es galt dort bis 1813 französisches Recht, weshalb vorübergehend Jury-Gerichte gemäss der französischen Gerichtsorganisation eingeführt wurden. Diese wurden jedoch während der Restaurationszeit allesamt wieder abgeschafft.⁵²

Nach der radikalen Umwälzung von 1848 führte Freiburg eine Jury für Kriminalsachen, korrektionelle politische und Pressdelikte ein. Im selben Jahr sah auch der damals noch immer als preussisches Fürstentum anerkannte Kanton Neuenburg die Schwurgerichtsbarkeit in seiner Verfassung vor. Ebenso schufen die Kantone Basel Landschaft und Wallis die verfassungsmässigen Grundlagen zur Einführung von Jury-Gerichten.⁵³

3. Die Entwicklung in den Kantonen der deutschsprachigen Schweiz

Während die Geschworenengerichte in den Westschweizer Kantonen stark vom französischen System geprägt waren, wurden die Schwurgerichte in der deutschen Schweiz vornehmlich nach englischem Vorbild der Jury ausgestaltet. Noch vor Gründung des schweizerischen Bundesstaates 1848 schuf der Kanton Bern 1847 als erster in der deutschsprachigen Schweiz ein in fünf Assisenbezirke organisiertes Schwurgericht für Kriminal-, politische und Pressdelikte. 1849 wurde im Kanton Thurgau das Geschworenengericht in der Kantonsverfassung garantiert und durch das Gesetz über das Geschworenengericht vom 24. März 1852 in die Gerichtsorganisation eingeführt. Für den ganzen Kanton bestand ein Geschworenengericht, welches sich wie auch in anderen Kantonen aus drei Richtern und aus zwölf Geschworenen, die aus kantonalen Geschworenenlisten durch den Gerichtspräsidenten ausgewählt wurden, zusammensetzte. Das Gericht war für die Beurteilung von 33 Delikten zuständig. Die Urteilsjury entschied mit absolutem Mehr. Zu Beginn scharf kritisiert – vor allem die langen, kostspieligen Sitzungen und mangelnde Erfahrung der Geschworenen wurden bemängelt – und als überflüssig bewertet, entwickelte sich das Schwurgericht zu einem allgemein anerkannten Institut, das die Verfassungsrevision von 1869 überlebte.⁵⁴

In Zürich wurde seit den 1820-er Jahren über die Stärken und Schwächen von Geschworenengerichten diskutiert. Der recht breit geführte Diskurs ist in den grösseren Kontext der Professionalisierung der Rechtspflege zu stellen. 1826 forderte der damalige Zürcher Oberrichter und Rechtsprofessor Friedrich Ludwig Keller, der später Savignys Lehrstuhl in Berlin übernehmen sollte, die Besetzung jedenfalls der Gerichtspräsidentenstellen mit studierten Juristen.⁵⁵ 1833 stellte Heinrich Escher, langjähriger Präsident

⁵² Rothenberger, Fn. 4, S. 47 ff.

⁵³ Hauert Rudolf Peter, Das solothurnische Schwurgericht, Dissertation an der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Bern 1974, S. 16.

⁵⁴ Kocher, Fn. 10, S. 52 sowie Rothenberger, Fn. 4, S. 252 ff.

⁵⁵ Vgl. Keller Friedrich Ludwig, Die neuen Theorien in der Zürcherischen Rechtspflege, Zürich 1828, S. 6 ff. Ferner Bauhofer Arthur, Friedrich Ludwig Keller und das Schwurgericht, (Separat-Abdruck aus ZSR,

des Kriminalgerichts und damals neu Mitglied der Zürcher Kantonsregierung in einer rechtspolitischen Schrift fest, oft seien studierte Juristen weder wirklich rechtskundig noch verfügten sie über ausreichenden praktischen Lebenssinn, um in der Rechtspflege konstruktiv mitzuwirken. Daher fordert er die Einführung der Geschworenengerichte in Zürich. Erfahrene Bürger mit gesundem Menschenverstand und einer durchaus auch autodidaktisch zu erwerbenden praktischen juristischen Grundausbildung seien fähig, in der Sache sehr treffend und für die Rechtsunterworfenen inhaltlich leicht nachvollziehbar Recht zu sprechen. Er vermeidet es, in seiner Schrift auf die Geschworenengerichte einzugehen.⁵⁶ Später äussert er sich gemeinsam mit anderen Vertretern des liberalen Lagers entschieden für die Einführung von Geschworenengerichten. 1837 empfiehlt der Staatsanwaltssubstitut Johann Jakob Rüttimann nach einer Studienreise nach England und in die USA der Zürcher Regierung die Einführung von Jury-Gerichten nach englischem Vorbild. Erst die Verfassung von 1851 legte indessen die Grundlage für die Schaffung von Geschworenengerichten im Kanton Zürich.⁵⁷

Mit der Einführung der Jury waren massgebliche Veränderungen im bisher geheimen und schriftlichen Strafverfahren verbunden.⁵⁸ Sämtliche Erkenntnisse und Beweismittel der Untersuchung wurden uneingeschränkt öffentlich zugänglich. Die Geschworenengerichte bestanden aus dem für jede Sitzung neu ernannten Assisenhof von drei Richtern und einer Urteilsjury von zwölf Geschworenen, welche aus einer Geschworenenliste gewählt wurden. Die Beschlussfassung erfolgte mit absolutem Mehr.⁵⁹ Die Schaffung von Schwurgerichten war vor allem dem demokratischen, bürgerlich-emanzipierten Gedankengut der liberalen Regierung, die sich am angloamerikanischen Vorbild orientierte, zu verdanken. Zürich war der erste Kanton, in dem das Geschworenengericht nicht zufolge einer politischen Umwälzung, sondern einzig durch das fachlich wohlbegründete Bedürfnis nach einer Reform der Strafrechtspflege eingeführt wurde.⁶⁰ Der Kanton Zürich ging so weit, 1875 sogar eine Ziviljury zu schaffen, welche jedoch wenig erfolgreich war und 1911 wieder abgeschafft wurde.⁶¹

In vielen Kantonen wurden fortan Geschworenengerichte in den kantonalen Verfassungen garantiert. Neben Genf und Waadt führten acht weitere Kantone tatsächlich Schwurgerichte ein: Freiburg (1848), Thurgau (1849), Bern und Zürich (1852), Tessin (1855), Aargau (1858), Neuenburg (1862) sowie Solothurn (1863).⁶² Manche Kantone kannten bereits in der periodischen Volkswahl der ständigen gemischten Gerichte eine

NF Bd. 67, Heft 1, S. 137-150), Basel 1948, S. 138. Er hielt Keller für einen Befürworter des englischen Systems und damit grundsätzlich auch der Schwurgerichte.

⁵⁶ Vgl. dazu Escher Heinrich, Versuch über die Zweckmässigkeit und Möglichkeit der Wiederherstellung der Volksgerichte in der Schweiz nach den Verhältnissen und Anforderungen unserer Zeit, Zürich 1838.

⁵⁷ Rothenberger, Fn. 4, S. 224 ff.

⁵⁸ Fehr, Fn. 5, S. 15 ff.

⁵⁹ Rothenberger, Fn. 4, S. 233 f.

⁶⁰ Rothenberger, Fn. 4, S. 224 f.

⁶¹ Vgl. dazu Fehr, Fn. 5, S. 40 ff.

⁶² Vgl. Diethelm Rudolf, Die Erwirkung des Geständnisses in der Voruntersuchung: ein Beitrag aus dem Gebiet der Kriminalistik, Dissertation Universität Bern, 1928, S. 42.

Organisation, welche die demokratischen Tendenzen der Jury noch übertroffen hatte. Daher haben gerade die Landsgemeindekantone, in welchen der Einbezug der stimmberechtigten Männer auch in Blutgerichtssachen seit Jahrhunderten verankert war, die Jury nie eingeführt.⁶³ Aber auch in Graubünden, St. Gallen und Glarus konnten sich die Geschworenengerichte nicht durchsetzen.⁶⁴ In Graubünden fand sich mit Peter Conradin von Planta ein entschiedener Gegner der Geschworenengerichtsbarkeit, welcher sich zuerst in der Minderheit befand, dann aber durch unermüdlichen Einsatz und wohl nicht zuletzt auch durch sein hohes Ansehen als Jurist und Politiker gegen allen Widerstand die Einführung von Jurygerichten verhinderte.⁶⁵ Seine ablehnende Haltung der Geschworenengerichte fusste auf folgenden Argumenten: Zunächst einmal sei die Lage in der Schweiz nicht mit derjenigen in England als Monarchie zu vergleichen. Dort sei die Jury vor allem „als Schutzwall des Volkes gegenüber der Staatsgewalt eingeführt worden“⁶⁶, während in der Schweiz die Richter ohnehin direkt aus dem Volk gewählt würden. Weitere Nachteile sah von Planta im Mangel an materieller Gerechtigkeit, welche durch Geschworenengerichte hervorgerufen werden könne und in der Schwerfälligkeit und Kostspieligkeit dieses Instituts.⁶⁷

Die radikal-demokratische Euphorie, die nach 1848 in manchen Kantonen den Boden für die Einführung von Jury-Gerichten ebnete, legte sich noch im 19. Jahrhundert. Nach 1874 ist eine vorerst langsame, später sich allmählich beschleunigende Tendenz zur Zurückdrängung und Abschaffung von Jury-Gerichten zu beobachten. Im Wesentlichen waren es dieselben Bedenken, welche bereits um 1800 gegen die Schaffung von Jury-Gerichten erhoben wurden, die zu deren Verdrängung führten: Beeinflussbarkeit, mangelnde Effizienz, aufwändige Organisation, fehlende Fachkompetenz und damit verbundene Rechtsunsicherheit sowie hohe Kosten.⁶⁸

4. Die Garantie der Geschworenengerichte in der Bundesverfassung von 1848

Mit der Schaffung des schweizerischen Bundesstaates stellte sich auch die Frage, wieweit die Rechtsvereinheitlichung im neuen Staat gehen solle und welche Rechtsprechungskompetenzen dem zu schaffenden Bund zukommen sollten. Da die Bestrebungen zur Schaffung eines Bundesstaates 1847 in einen Bürgerkrieg gemündet hatten, war rasch klar, dass die Kompetenzen des Bundes vorerst auf ein existentiell notwendiges Minimum beschränkt werden mussten, wollte man den neuen Staat zum Erfolg führen. So beschränkte sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes hauptsächlich auf die Ausenpolitik, die innere Sicherheit, die Militärorganisation und die Sicherung der Waren-

⁶³ Suter, Fn. 12, S. 6.

⁶⁴ Von Planta Peter Conradin, *Mein Lebensgang*, Chur 1901, S. 156 f.

⁶⁵ Vgl. Von Planta, Fn. 64, S. 153 ff.

⁶⁶ Von Planta, Fn. 64, S. 154.

⁶⁷ Von Planta, Fn. 64, S. 154 f.

⁶⁸ His Eduard, *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, Dritter Band: *Der Bundesstaat von 1848 bis 1914*, Basel 1938, S. 486 f., sowie Rothenberger, Fn. 4, S. 287.

und Personenfreizügigkeit im Inland (Abschaffung von Zöllen, Vereinheitlichung der Masse, Gewichte und Währung) sowie auf die Gewährleistung einzelner Grundrechte.

Bereits unter der Bundesverfassung von 1848 wurde ein nicht ständiges Bundesgericht geschaffen, das über einen sehr eingeschränkten Zuständigkeitsbereich verfügte.⁶⁹ Obschon die Bundeszuständigkeit im Bereich des Strafrechts sich 1848 auf nur ganz wenige Delikte wie Hochverrat und Sonderdelikte der Beamten beschränkte, wurde die Schaffung eines modernen Bundesschwurgerichts diskutiert.⁷⁰ Der Grund dafür war die Identifikation der Geschworenengerichte mit den Errungenschaften bürgerlich-emanzipierter Justizreformen, namentlich die modernen rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, die Verbindung des Strafverfahrens mit den Freiheitsrechten, die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit und die Verwirklichung des demokratischen Gedankenguts. So erstreckte sich die Diskussion auch auf den überfälligen Reformbedarf der strafprozessrechtlichen Gepflogenheiten in manchen konservativen Kantonen. Die nationale Vorgabe von Geschworenengerichten erschien manchen Radikalen daher als rechtsstaatliche und demokratische Notwendigkeit. Dabei wurde insbesondere auf die Kantone Genf und Waadt verwiesen, welche das Institut erfolgreich eingeführt hatten.⁷¹

Die Bundesverfassung von 1848 sah schliesslich Geschworenengerichte auf nationaler Ebene vor. Die Konstituierung der Strafgerichtsbarkeit erfolgte durch die Schaffung eines Bundesassisengerichts nach französisch-angelsächsischem Vorbild. Allerdings beschränkte sich gemäss Art. 103 und Art. 104 BV die Zuständigkeit des Bundes in Strafsachen auf Fälle von Hochverrat, Aufruhr und Gewalttaten gegen Bundesbehörden, politische Delikte in Zusammenhang mit Bundesintervention, Delikte gegen das Völkerrecht sowie auf die strafrechtlichen Anklagen gegen Bundesbeamte.⁷² Die Geschworenen wurden vom Volk in den einzelnen Geschworenenbezirken gewählt. Wählbar war nur, wer «rechtlich unverdorbener Laie» war, namentlich durften keine Richter, Verwaltungs-, Justiz- und Polizeibeamten gewählt werden.⁷³ Das Bundesassisengericht tagte in einer Besetzung mit 14 Geschworenen und drei Richtern.⁷⁴ Diese Bestimmungen der Jurygarantie wurden auch in der BV von 1874 nahezu unverändert beibehalten, die Zahl der Geschworenen wurde aber auf 12 reduziert.⁷⁵

1848 wurde das Institut der Geschworenengerichte auch in die neue Militärstrafgerichtsordnung des Bundes aufgenommen. Die Militärgeschworenengerichte bewährten sich in der Praxis aber nicht. Insbesondere in militärischen Belangen betrachtete man

⁶⁹ Vgl. Seferovic Goran, *Das Schweizerische Bundesgericht 1848-1874: Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*, Diss., Zürich 2010.

⁷⁰ Vgl. Rothenberger, Fn. 4, S. 55 ff. sowie His, Fn. 68, S. 459 ff.

⁷¹ Vgl. Bericht über den Entwurf einer Bundesverfassung vom 8. April 1848.

⁷² Vgl. Sadoghi Alice, *Thesen zur Geschworenengerichtsbarkeit – historische Aufarbeitung und Perspektiven*, Linz 2007, S. 261.

⁷³ His, Fn. 68, S. 462.

⁷⁴ Ebd.

⁷⁵ His, Fn. 68, S. 468.

ein rasches und einfaches Vorgehen als unabdingbar.⁷⁶ Infolge der Kompliziertheit, Kostspieligkeit und Unberechenbarkeit des Schwurgerichtsverfahrens wurde die Militärjury in der neuen Militärstrafgesetzzordnung von 1889 durch ein ständiges mit Militärangehörigen bestelltes Gericht ersetzt.⁷⁷

VII. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Geschworenengerichte haben sich in der Schweiz langfristig nicht durchsetzen können. Sie sind stark geprägt vom anglo-französischen Reformdenken der Aufklärung und des Radikalismus der bürgerlichen Emanzipation. Auch wenn die Jurygerichte als Institution keine Erfolgsgeschichte ausweisen können, haben sie massgeblich für die nachhaltige Umsetzung zahlreicher Justizreformpostulate des frühen 19. Jahrhunderts gesorgt.

Zur Mediations- und Restaurationszeit war in manchen Schweizer Kantonen noch der durch den Ausschluss der Öffentlichkeit und vom Geständniszwang geprägte Inquisitionsprozess üblich. Zwar hatte bereits am 11. Mai 1798 der Helvetische Senat mit dem Gesetz betreffend Abschaffung der Tortur ein generelles Folterverbot erlassen.⁷⁸ Die Geständniszwang durch körperliche Züchtigung wurde aber nach dem Niedergang der Helvetik in den Kantonen vielfach unter dem Deckmantel der „Ungehorsams- und Lügenstrafen“ weitergeführt.⁷⁹ Nicht ausschliesslich aber massgeblich durch die allmähliche Einführung von Geschworenengerichten konnte Mitte des 19. Jahrhunderts eine zunehmende Liberalisierung und Loslösung des Strafverfahrens von den gemeinrechtlichen Beweisregeln erreicht werden. Der Durchbruch der freien richterlichen Beweiswürdigung ist unmittelbar mit der Einführung von Geschworenengerichten zu verbinden.⁸⁰

Charakteristisch und von grosser Bedeutung für das neue Strafverfahren waren die Grundsätze der Mündlichkeit und Öffentlichkeit von Verfahren sowie die richterliche Unabhängigkeit.⁸¹ Beide Grundsätze stehen in einem grundsätzlichen Widerspruch zur für den Inquisitionsprozess typischen Verfahrensheimlichkeit und Verbindung von untersuchendem und erkennendem Gericht. Das Prinzip der Öffentlichkeit der Verhandlung wurde unter anderem in Art. 57 ff. des Gesetzes über das Geschworenengericht vom 24. März 1852 im Kanton Thurgau, in Art. 62 der Staatsverfassung für den Kanton Aargau vom 23. April 1885 sowie in Art. 49 der Staatsverfassung für den Eidgenössischen Stand Solothurn vom 31. Dezember 1850 vorgesehen. Erkennt man in den Geschworenen Repräsentanten der Öffentlichkeit, so gewährleistet der Schwurgerichtsprozess wie

⁷⁶ Kocher, Fn. 10, S. 40.

⁷⁷ Suter, Fn. 12, S. 7.

⁷⁸ Gesetz betreffend Abschaffung der Tortur, beschlossen vom Grossen Rat den 11. Mai 1798, angenommen vom Senat den 12. gleichen Monats.

⁷⁹ Gschwend Lukas/Winiger Marc, Die Abschaffung der Folter in der Schweiz, Zürich 2008, S. 32 ff.

⁸⁰ Burmeister Karl Heinz, Der Strafprozess, (ohne Datumsangabe), gefunden unter: <http://www.hls-dhs-dss.ch/index.php> am 23. März 2010, sowie Pfenninger, Fn. 3, S. 42.

⁸¹ Klaere, Fn. 18, S. 2.

kein anderer die Öffentlichkeit nicht nur im Hinblick auf die Hauptverhandlung, sondern auch auf die Untersuchung, die durch die Jury noch einmal unmittelbar und umfassend nachvollzogen wird.

Gemäss den Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit hat die gesamte Beweiserhebung unmittelbar und mündlich in Gegenwart der Geschworenen stattzufinden, welche so einen authentischen Eindruck über alle Beweismittel erhalten und Fragen stellen können. Die Mündlichkeit von Verfahren wurde wie die Öffentlichkeit insbesondere durch die Geschworenengerichte auch in Deutschschweizer Kantonen zum tragenden Prinzip, wie zum Beispiel in den Kantonen Zürich, Aargau oder Solothurn.⁸²

Hingewiesen werden soll ausserdem auf den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit, welcher neben dem Prinzip der freien Beweiswürdigung, das die Geschworenen und Richter verpflichtete, bei der Tatbestandsfeststellung der Wahrheit so nahe wie möglich zu kommen, auch politisch geprägt war. Mit den Geschworenengerichten wurde die Gewaltenteilung im Strafverfahren verwirklicht.⁸³ Durch die Teilung von Schuld- und Strafzumessungsfrage wurde auch die richterliche Willensbildung breiter abgestützt. Dadurch, dass die Geschworenen dem Volk entstammende Laien waren, genoss das Gericht gegenüber einem professionellen Gremium eine erhöhte Akzeptanz. Allerdings waren die Geschworenen selbst nicht unbedingt unabhängig, was indirekt zu politischer Einflussnahme führen konnte.

Geschworenengerichte sollten die Grundsätze des liberalen Strafprozesses sicherstellen und zugleich für eine demokratische Verankerung der Strafjustiz und damit für eine Widerspiegelung des allgemeinen Rechtsempfindens in der Rechtsprechung bürgen. Wie zu Beginn erläutert, empfanden insbesondere Kantone mit einer absolutistischen Gerichtstradition die Notwendigkeit zur Einführung von Geschworenengerichten, während die Kantone, in denen sich die alten Formen der Gerichtsbarkeit unter Beteiligung der Bevölkerung gehalten hatten, den Geschworenengerichten mit Skepsis begegneten. Nachdem Transparenz, Öffentlichkeit, Gleichheit und Fairness im Verfahren immer mehr zu Selbstverständlichkeiten wurden, schwand das Bedürfnis nach Jurygerichten zusehends. Seit dem 1. Januar 2011 gibt es in der Schweiz keine Geschworenengerichte mehr. Zuletzt existierten sie nur noch in drei Kantonen. Die Bevölkerung hätte in der Schweiz die Möglichkeit gehabt, die Geschworenengerichte zu erhalten, hat dies jedoch nicht getan, obschon von breiten Kreisen der Bevölkerung immer wieder die angebliche Lebensferne, Naivität und elitäre Selbstbezogenheit der Strafgerichte kritisiert wird.

⁸² Art. 62 der Staatsverfassung für den Kanton Aargau vom 23. April 1885 sowie Art. 49 der Staatsverfassung für den Eidgenössischen Stand Solothurn vom 31. Dezember 1850, in Zürich war die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen schon in Art. 13 der Verfassung vom 10. März 1831 festgehalten.

⁸³ Rothenberger, Fn. 4, S. 319 f.

Zur Einführung der Schwurgerichte in Bayern 1848/49

Martin Löhnig

I. Ausgangspunkt: Das Grundlagengesetz	149
II. Das Gesetz über die Einführung der Schwurgerichte	150
III. Schwurgerichtliches Verfahren	153
IV. Fazit	156

I. AUSGANGSPUNKT: DAS GRUNDLAGENGESETZ

Das bayerische „Gesetz, die Grundlagen der Gesetzgebung über die Gerichts-Organisation, über das Verfahren in Civil- und Strafsachen und über das Strafrecht betreffend“, vom 4. Juni 1848 ordnete in Artikel 10 Abs. 4 an, die Bezirksgerichte hätten „unter Zuziehung von Geschworenen zur Entscheidung über die Schuld, über Verbrechen und Vergehen, welche ihnen gesetzlich zugewiesen werden, unter dem Vorsitze eines hierzu abgeordneten Rathes des Appellationsgerichts“ zu urteilen. Die Geschworenen dürften „nicht ursprünglich von der Regierung ernannt werden, sondern müssen aus Volkswahl hervorgegangen seyn“. In Art. 20 des Grundlagengesetzes war außerdem bestimmt, der Ausspruch der Geschworenen über Schuld oder Nichtschuld der Angeklagten sei wesentlicher Bestandteil des Strafverfahrens. Das Grundlagengesetz war der erste bayerische Gesetzgebungsakt, der Regelungen zur Figur des Geschworenen enthielt. Es entfaltete jedoch keine unmittelbaren Wirkungen im Strafprozeßrecht und anderen Rechtsbereichen, sondern listete als Programmgesetz lediglich Reformpostulate auf, die einer entsprechenden gesetzgeberischen Umsetzung bedurften.

Eines dieser Postulate war – neben der vollständigen Trennung von Justiz und Verwaltung, der Abschaffung ständischer Gerichtsbarkeit, der Mündlichkeit und Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren oder der Schaffung einer Staatsanwaltschaft – eben die Einführung von Geschworenengerichten. Diese war, wie in praktisch allen deutschen Staaten, auch in Bayern eine zentrale Forderung der bürgerlich-liberalen Bewegung und damit der 1848er-Revolution. Die Einführung von Schwurgerichten war gleichsam „Glaubensartikel der liberalen Partei“¹, es schien – wie Welcker² es formulierte – „vielleicht im ganzen politischen Gebiete, [...] nichts Wichtigeres“ zu geben als die Reform des Strafverfahrens. Hintergrund ist, daß – wie Blasius³ zutreffend feststellt – letztlich eine Ver-

¹ Schwinge, Der Kampf um die Schwurgerichte, Breslau 1926, S. 43.

² Welcker, Strafverfahren, in: Rotteck/Welcker (Hrsg.), Staats-Lexikon, Band XII, 2. Aufl., Altona 1848, S. 503.

³ Blasius, Der Kampf um die Geschworenengerichte im Vormärz, in: Wehler (Hrsg.), FS Rosenberg, Ber-

fassungsfrage betroffen war, nämlich die Frage nach dem Verhältnis von Staat und Gesellschaft: Nicht der Staat, sondern die Bürgerliche Gesellschaft war nach der liberalen Theorie von der Begehung eines Verbrechens betroffen; in ihrem – der Bürgerlichen Gesellschaft – Namen waren Verbrechen deshalb auch zu verfolgen.

Von der Einführung der Schwurgerichte versprach man sich außerdem schlicht eine bessere Kontrolle der Strafjustiz.⁴ Diese Gerichte⁵ erschienen dabei als Allheilmittel gegen die Bedrohung der bürgerlichen Freiheit durch staatliche Willkürjustiz und durch die Allmacht des juristischen Berufsbeamtentums.⁶ Außerdem konnten sie die freiheits-sichernde aktive Teilnahme der Bürger an allen Funktionen der Staatsgewalt, also auch an der Judikative, gewährleisten. Auf prozessualer Ebene war die Forderung nach der Einführung von Geschworenengerichten eng mit dem Kampf gegen den Inquisitions-prozeß und für ein öffentliches und mündliches Strafverfahren verbunden, denn das Inquisitionsverfahren, das die Rollen des Anklägers und des Richters in einer Person vereinigte, schloß eine Laienbeteiligung aus.⁷

II. DAS GESETZ ÜBER DIE EINFÜHRUNG DER SCHWURGERICHTE

1. Allgemeines

Als erstes Reformgesetz zur Umsetzung des Grundlagengesetzes wurde ein Entwurf zum „Gesetz über die Einführung der Schwurgerichte“ erarbeitet,⁸ der an das in der zum Königreich Bayern gehörenden linksrheinischen Pfalz geltende Recht angelehnt war.⁹ Damit wurde der in Art. 15 Abs. 1 des Grundlagengesetzes enthaltene Programmsatz erfüllt: „Bei der Ausführung dieses Systems soll hauptsächlich von den auf dem deutschen linken Rhein-Ufer bestehenden Einrichtungen, so weit sie sich durch die Erfahrung erprobt haben, ausgegangen werden.“

Diese „Einrichtungen“ auf dem „deutschen linken Rhein-Ufer“ waren freilich französischen Ursprungs: In den ersten Jahren des 19. Jahrhunderts waren in der ehemals bayerischen Pfalz, die mit dem Frieden von Lunéville 1801 französisches Staatsgebiet geworden war, unter anderem die fünf napoléonischen Gesetzbücher, also auch französisches Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrecht, in Kraft getreten. Nach der Wiedereingliederung dieser Gebiete in den Bayerischen Staat als Rheinkreis nach dem Wiener Kongreß im Jahre 1816 blieb das französische Recht in Geltung und war bürgerlich-liberaler Stachel im Fleisch des ebenso uneinheitlichen wie veralteten bayerischen Rechts-

lin 1974, 149.

⁴ Vgl. nur Kern, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, München 1954, S. 58.

⁵ Vgl. dazu Landau, Schwurgerichte und Schöffengerichte, in Schioppa (Hrsg.), The Trial Jury, Berlin 1987, S. 255.

⁶ Schwinge, S. 142ff.

⁷ Vgl. Balsius, S. 148

⁸ Vgl. Kammer der Abgeordneten KDA GGA 1848 Beilagen Band 1, S. 1ff.

⁹ Heiß, Dr. Karl Friedrich Ritter von Heintz: Königlich Bayerischer Staatsminister der Justiz 1848/49 – Leben und Wirken, Regenstein 2013, S. 262

systems. Die cinq codes blieben ebenso in Geltung wie die Regelungen zur Gewerbefreiheit, zur Aufhebung der Grundherrschaft oder zur vollständigen Trennung von Justiz und Verwaltung. Und es gab im Rheinkreis auch weiterhin die im fortgeltenden code d'instruction criminelle geregelte¹⁰ Jury aus zwölf Geschworenen, die über die Tatfrage zu entscheiden hatte. Infolge der 1848er Revolution wurden viele dieser bürgerlich-liberalen Errungenschaften im gesamten Königreich Bayern durchgesetzt, wobei man auf den Erfahrungsschatz aus der Pfalz zurückgreifen konnte, die damit gleichsam als Laboratorium gedient hatte. Initiativen vor allem pfälzischer Politiker in diese Richtung auf den Landtagen 1819 und 1831 waren zuvor gescheitert.

In den Beratungen des Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Reichsräte war der Rückgriff auf das französische Modell gleichwohl umstritten. Freiherr Zu-Rhein etwa führte aus, das englische Recht mit dem Modell der Jury stehe dem deutschen viel näher, „als ja die englische Nation selbst gleicher Abstammung mit der deutschen ist. Zudem aber bestimmt mich vorzugsweise den Institutionen Englands vor denen Frankreichs den Vorzug zu geben der Umstand, daß ich in der Gesetzgebung Englands eine weit größere Garantie der bürgerlichen Freiheit erblicke als in jener Frankreichs, welche in einer Zeit entstand, weil es weniger um Sicherung der Rechts des Volkes, als vielmehr und die Befestigung kaiserlicher Militärgewalt sich handelte.“¹¹ Vor allem der bayerische Justizminister v. Heintz, ein pfälzischer Jurist, verteidigte das französische Modell jedoch ebenso argumentreich¹² wie erfolgreich.

2. Die Erstellung der Geschworenenliste

Das soeben erwähnte Gesetz über die Einführung der Schwurgerichte regelte jedoch nicht die tatsächliche Einrichtung von Schwurgerichten, das schwurgerichtliche Verfahren oder die Zuständigkeit der Schwurgerichte, sondern allein den Vorgang der Bildung von Schwurgerichten als solchen,¹³ also die Erstellung der Geschworenenliste und die Besetzung der Geschworenenbank.

Der Zugang zum Geschworenenamt, der nur bayerischen Staatsangehörigen, die mindestens dreißig Jahre alt waren, offenstand, war an Bildung und Zensus¹⁴ geknüpft, Art. 1-3 und 10 Abs. 2: Geeignet waren amtierende und ehemalige Bürgermeister, Magistratsräte, Gemeindevorsteher, deutsche Universitäts- und Kunstakademieabsolventen und Personen, die eine jährliche direkte Steuer von mind. 20 Gulden entrichteten. Staatsdiener, Rechtsanwälte, Militärangehörige, Geistliche und einschlägig verurteilte Straftäter waren ausgeschlossen.

¹⁰ Erstmals eingeführt wurde das Schwurgericht in den eroberten linksrheinischen Gebieten 1798, vgl. Landau, S. 242.

¹¹ KdRR GGA 1848 Protokolle Band 1, S. 127 f.

¹² KdRR GGA 1848 Protokolle Band 1, S. 130 ff.

¹³ Heiß, S. 252.

¹⁴ Vgl. auch Walther, Lehrbuch des bayerischen Strafprozeßrechts mit Rücksicht auf andere Gesetzgebungen, München 1859, S. 121ff.

Die Regelung zum Bildungsniveau der Geschworenen wurde damit begründet, daß nur die Anknüpfung an einen bestimmten Bildungsabschluß als Eignungskriterium praktisch handhabbar sei: „Es kann doch nicht gesagt werden: ‚die intelligenten Menschen sollen die Fähigkeit haben, Geschworne zu seyn. Welcher Beamte könnte hier-nach die Liste fertigen?‘“¹⁵ Vor dem Hintergrund der Abschaffung des Zensuswahlrechts im Jahre 1848 ist es zudem erstaunlich, daß zeitgleich die Geschworeneneignung gerade zensusbezogen geregelt wurde. Dies geschah vor allem auf Betreiben des Justizministeriums mit der Begründung, daß wirtschaftliche Unabhängigkeit einer Bestechung vorbeuge und freie Willensbildung garantiere,¹⁶ was bei einem Geschworenen viel wichtiger sei als bei einem Abgeordneten oder Wähler: „Der Einzelne kann [...] mit Recht verlangen, daß diejenigen Leute, die über sein Loos entscheiden, wenigstens selbständig sind, d.h. der Bestechung nicht zugänglich sind und von dem Willen Anderer nicht abhängen“¹⁷ Bayern stand auch damit in der Tradition des französisch-pfälzischen Rechts, das den Zugang zum Geschworenenamte ebenfalls nur dem Bildungs- und Besitzbürgertum gewährte.¹⁸ Die Einführung der Geschworenengerichte war eben auch deshalb eine bürgerliche Herzensangelegenheit, weil die Bürgerschaft damit auf gesellschaftlicher Ebene gleichzeitig die Türe nach oben öffnen, die Türe nach unten aber hinter sich schließen konnte.¹⁹

Für jeden Kreis war eine Geschworenenliste zu erstellen; das Verfahren war in Art. 4-9 geregelt. Zunächst war in jeder Gemeinde eine Urliste aller Geschworenenfähigen zu erstellen und vierzehn Tage öffentlich zur Einsicht auszulegen, Art. 4, damit Einspruch und erforderlichenfalls auch Beschwerde zur übergeordneten Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung oder Übergehung eines Bürgers erhoben werden konnte, Art. 5; beschwerdebefugt war jeder volljährige bayerische Staatsbürger. Nach Einreichung der Listen auf Distriktebene wurde ein Wahlgremium einberufen, das aus den Gemeindevorständen der vier bevölkerungsreichsten Stadt- und Landgemeinden und den fünf bei der „Wahl von Abgeordneten zur Volksvertretung bei dem deutschen Bunde“ im Mai des Jahres stimmenstärksten Kandidaten bestand, die für je 500 Einwohner des Distrikts einen Geschworenen auswählten. Dabei sollten sie sich an Personen halten, „welche wegen erprobter Einsicht und Ehrenhaftigkeit der Gesinnung zu dem Amte von Geschworenen am geeignetsten erscheinen“, Art. 6 Abs. 2 Ziff. 2; für die Städte bestanden einige Sonderregelungen, die sich aus dem bayerischen Verwaltungsaufbau ergaben, und es war ein Geschworener pro 250 Einwohner zu wählen, Art. 7. Die Listen der in jedem Distriktpolizeibezirk oder Stadtbezirk Gewählten waren an den Kreispräsidenten zu übermitteln, der hieraus eine Kreisliste anfertigte und dabei die Befugnis hatte, auch nicht gewählte Personen aus den Urlisten hinzuzufügen, Art. 8. Diese Liste war an den Landrat

¹⁵ KdRR GGA 1848 Protokolle Band 1, S. 142, so der Justizminister.

¹⁶ KdRR GGA 1848 Protokolle Band 1, S. 153 f.

¹⁷ KdRR GGA 1848 Protokolle Band 1, S. 154 (Heintz).

¹⁸ Landau, S. 269.

¹⁹ Vgl. zur Standesfrage auch Feuerbach, Betrachtungen über das Geschworenengericht, Landshut 1813, S. 81 ff.

zu übermitteln, der die Liste halbierte, Art. 9; dabei hatte er darauf zu achten, „daß nicht nur intelligente und durchaus unbescholtene Männer, sondern auch daß wo möglich Befähigte aus allen Gegenden des Kreises, und daß insbesondere Befähigte aus solchen Orten, wo die Assisen-Sitzungen gehalten werden, in angemessener Anzahl der Liste einverleibt werden“, Art. 10 Abs. 1. Die vom Landrat gebildete Liste war die einmalig nach diesem Verfahren zu erstellende Hauptliste, Art. 11, die nach Art. 12 ff in einem vereinfachten Verfahren zu ergänzen war, wenn durch Tod, Verlust der Geschworenenfähigkeit, Ablehnung aufgrund der Vollendung des 60. Lebensjahres, Art. 3, oder Befreiung, Art. 25, Abgänge zu verzeichnen waren.

3. Die Besetzung der Geschworenenbank

In Art. 17ff. des Gesetzes über die Einführung der Schwurgerichte war die Bildung der Schwurgerichte als solche geregelt. Nach Art. 17 mußte mindestens 14 Tage vor der Sitzung die Hauptliste, die der Landrat gebildet hatte, durch den Regierungspräsidenten dem Appellationsgerichtspräsidenten zugestellt werden; dieser hatte in Gegenwart von vier weiteren Gerichtsmitgliedern und des Staatsanwalts mittels Losverfahren 45 Geschworene zu ermitteln. Anschließend wurden 9 Ersatzgeschworene gezogen, Art. 18. Ein Verzeichnis dieser Geschworenen wurde dann dem Präsidenten des Schwurgerichts zugestellt, der dieses Verzeichnis innerhalb von einem Tag auf 30 Geschworene und 6 Ersatzgeschworene reduzierte, Art. 19. Die reduzierte Liste wurde dem Regierungspräsidenten zur Vornahme der Ladung übersandt, Art. 20.

Aus den auf die Ladung hin erschienenen Geschworenen wurden vor Beginn der Verhandlung die 12 zur Bildung der Geschworenenbank erforderlichen Geschworenen, Art. 28, und erforderlichenfalls auch 2 Ersatzgeschworene ausgelost, Art. 27. Staatsanwaltschaft und Angeklagter konnten, unmittelbar nach der Auslosung jedes einzelnen Geschworenen, Art. 33, jeweils eine gleiche Anzahl von Geschworenen ohne Grund ablehnen, Art. 31, bis die Minimalzahl von 12 Geschworenen erreicht war, Art. 35. Sobald zwölf Geschworene gezogen waren, die nicht abgelehnt worden sind, war das Gericht gebildet, die Geschworenen waren nach Art. 36 zu vereidigen und die Verhandlung konnte beginnen, Art. 37 Abs. 1. Mußte eine Verhandlung auf die nächste Sitzungsperiode – in aller Regel fand alle drei Monate eine Schwurgerichtssitzung statt – vertagt werden, so war nach Art. 37 Abs. 2 ein neues Schwurgericht zu bilden und es blieb nicht etwa die alte Geschworenenbank erhalten.

III. SCHWURGERICHTLICHES VERFAHREN

1. Allgemeines

Das „Gesetz die Abänderung des zweiten Teils des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 betreffend“²⁰, das ebenfalls aus dem Jahr 1848 stammt, enthielt schließlich die Regelungen zum schwurgerichtlichen Verfahren als solchem. Auch hier ist die in Art. 15 Abs. 1

²⁰ Gesetz- und Verordnungsblatt 1848, Spalte 33 ff.; zur Diskussion KdRR GGA 1848 Protokolle Band 4, S. 235 ff.

des Grundlagengesetzes geforderte Anlehnung an das französische Modell deutlich zu erkennen.

Deshalb entschied sich der bayerische Gesetzgeber etwa gegen die Einrichtung eines Anklageschwurgerichts nach englischem Vorbild, das mit Richtern und Geschworenen besetzt über die Anklageerhebung entschied; in Frankreich hatte man das Anklageschwurgericht nach kurzer Erprobungsphase bereits 1808 wieder abgeschafft. Der Justizminister²¹ hatte sich in den Beratungen dezidiert gegen ein solches Gericht ausgesprochen: Die Aufgabe dieses Gerichts, nämlich die Frage, ob die Voruntersuchung ausreichend Hinweise für die Anklageerhebung gebracht habe, überfordere die juristisch ungebildeten Geschworenen. Erwägenswert war ein Anklageschwurgericht vor allem bei Pressedelikten, damit von vornherein eine Anklageerhebung verhindert werden konnte; aber gerade in solchen Fällen konnte ein Anklageschwurgericht das Verfahren umgekehrt wiederum erheblich verzögern.²²

Schwurgerichte wurden in den einzelnen Appellationsgerichtsbezirken bei mindestens einem Kreis- oder Stadtgericht gebildet und mit 5 Richtern und 12 Geschworenen besetzt,²³ Art. 16, 108. Die Strafprozessrechtsnovelle behandelte in der dritten Abteilung vorrangig das Verfahren vor den Schwurgerichten, da dieses Verfahren die Grundlage bildete, auf der auch das Verfahren vor den Kreis- und Stadtgerichten aufbaute. Das Gesetz zur Einführung der Schwurgerichte wurde unverändert übernommen und bildete einen eigenen Abschnitt. Sachlich zuständig waren die Schwurgerichte für Kapitalverbrechen, auf die Todesstrafe, Kettenstrafe oder Zuchthausstrafe stand, sowie für Pressevergehen und Verbrechen, Art. 151 Abs. 1. Anders als nach französischem Recht waren das Strafverfahren und das Verfahren zur Geltendmachung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche strikt getrennt, was zum Teil auf Kritik stieß.²⁴

Die Hauptverhandlung im schwurgerichtlichen Verfahren war in Art. 138-188 geregelt. An die Beweisaufnahme schloß sich der Vortrag des Staatsanwaltes an, der die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vortrug, Art. 170 Abs. 1, also die Punkte, die die Geschworenen bei der Beantwortung der Schuldfrage zu berücksichtigen hatten; dabei war Belastendes wie Entlastendes vorzutragen. Anschließend äußerten sich Angeklagter und Verteidiger zur Sache.

2. Urteilsfindung

Richter und Geschworene hatten bei der Urteilsfindung unterschiedliche Kompetenzen: Die Geschworenen urteilten in freier Beweiswürdigung, Art. 171 Abs. 2, über die Schuldfrage im Hinblick auf die gesamte strafrechtliche Tat, nicht nur auf die tatsächliche Handlung des Angeklagten als solche, so daß bei dieser Entscheidung auch juristische Fragen eine Rolle spielten, weil Rechts- und Tatfrage nicht vollständig zu trennen

²¹ KdRR GGA 1848, Protokolle Band I, S. 132.

²² Vgl. zum Ganzen Heiß, S. 271.

²³ Dazu auch Landau, S. 277.

²⁴ Petersen, Grundzüge der neuen bayerischen Strafgesetzgebung, Theil II, Der Gerichtssaal 1948, 35 f.

waren. Die rechtliche Bewertung der Tat, also die Anwendung des materiellen Strafrechts und die Strafzumessung, blieben den Berufsrichtern vorbehalten.²⁵

Nach Abschluß der mündlichen Verhandlung belehrte der Schwurgerichtspräsident die Geschworenen über ihre Pflichten und erläuterte, welche Tatbestandsmerkmale auf der Ebene des materiellen Strafrechts erfüllt sein mußten, damit die Beweismwürdigung der Geschworenen im Hinblick darauf erfolgen konnte; er selbst durfte dabei aber selbst keine Beweismwürdigung vornehmen, Art. 171 Abs. 1, und – anders als dies nach französischem Recht der Fall war – auch nicht einmal das Ergebnis der Verhandlung²⁶ zusammenfassen, um die Geschworenen nicht durch eine bestimmte Form der Darstellung manipulieren zu können. Die Geschworenen konnten anschließend nicht frei beraten, sondern wurden vom Schwurgerichtspräsidenten systematisch – in schriftlicher Form – befragt; dadurch sollte eine Beschränkung der Geschworenen auf ihre Aufgabe erreicht werden, Art. 172. Die Fragen waren so zu stellen, daß sie mit „Ja“ oder „Nein“ beantwortet werden konnten, Art. 191 Abs. 1. Die Hauptfrage war darauf gerichtet, ob der Angeklagte die angeklagte Tat begangen hatte oder nicht, Art. 173. Es folgten Eventualfragen für den Fall der Verneinung der Hauptfrage, die vor allem die Voraussetzungen konsumierter leichter Straftatbestände betrafen. Eventualfragen konnte auch Fragen von Vollendung und Versuch oder Täterschaft und Teilnahme betreffen, Art. 175. Sonderfragen konnten sich etwa auf Qualifikationsmerkmale beziehen. Die schwierige Trennung zwischen Tat- und Rechtsfrage wurde, abweichend von Frankreich, in der Weise gelöst, daß das Gesetz „vorschreibt, in der Frage den Begriff und die gesetzlichen Merkmale des Verbrechens mit den wesentlichen Tatsachen, worauf dasselbe beruht, zu verbinden, so daß die Geschworenen über die Verschuldung der That, mit allen Merkmalen, die sie als das den Gegenstand der Anklage bildende Verbrechen gesetzlich erfordert, die Richter aber darüber entscheiden, ob die tatsächlichen Momente dem gesetzlichen Begriffe des betreffenden Verbrechens entsprechen [...]“.²⁷

Gegen die vorgelegten Fragen konnten Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagter Erinnerung einlegen, Art. 179. Ggf. nach Abschluß eines Erinnerungsverfahrens waren die Fragen dann zusammen mit der Anklageschrift in schriftlicher Form den Geschworenen zu übergeben, Art. 180; die Geschworenen hatten sich allein zur geheimen Beratung zurückzuziehen, niemand durfte das Beratungszimmer betreten oder verlassen, Art. 181. Das weitere Verfahren war in Art. 189 ff. geregelt: Die Geschworenen hatten zunächst gemeinsam über die Hauptfrage und alle Nebenfragen zu beraten. Nachdem der von den Geschworenen zu wählende Obmann die Beratung für geschlossen erklärt hat, hatte er die Geschworenen über die einzelnen Fragen abstimmen zu lassen. Beratung und Abstimmung waren im Kreis der Geschworenen öffentlich und mündlich; dies war eine erhebliche Abweichung vom französischen Recht, das eine sofortige geheime Abstimmung ohne vorherige Beratung vorsah.²⁸ Für einen gültigen Wahrspruch bedurfte es hin-

²⁵ Petersen, S. 42.

²⁶ Petersen II, S. 41.

²⁷ Petersen II, S. 43.

²⁸ Petersen, II, S. 45.

sichtlich der Hauptfrage einer Mehrheit von mindestens 8 (von 12) Stimmen, bei Milderungsgründen genügte die einfache Mehrheit; Stimmengleichheit ging zugunsten des Angeklagten, Art. 192. Der bayerische Gesetzgeber hat hier also einen Kompromiß zwischen dem englischen Recht mit dem Prinzip einstimmiger Entscheidung und dem französischen Recht, das ab einem gewissen Stimmenverhältnis die Berufsrichter hinzuzog, gefunden. Das Ergebnis wurde ohne Dokumentation des exakten Stimmenverhältnisses verzeichnet und von den Geschworenen unterschrieben, Art. 193. Anschließend wurde der Wahrspruch im Verfahren nach Art 194-196 verkündet. Beteiligt werden konnten die Berufsrichter allerdings trotzdem: Hielten die Richter einstimmig den schuldig sprechenden Wahrspruch für falsch, konnten sie die Sache an ein anderes Schwurgericht verweisen, § 212.

3. Rechtsmittel

Gegen Urteile der Schwurgerichte stand keine Berufung, sondern nur die Kassation durch den Obersten Gerichtshof offen; die Schwurgerichte nahmen also eine Sonderstellung im Instanzenzug ein. Hier läßt sich das französisch-pfälzische Rechtsmittelsystem klar erkennen. Damals wie heute erstaunt es, daß Urteile zu leichter Kriminalität berufungsfähig waren, während bei schwerer Kriminalität lediglich die Kassation statthaft war.²⁹ Dies wurde und wird mit der sorgfältigeren Tatbestandsaufklärung durch das Schwurgericht gerechtfertigt, die eine zweite Tatsacheninstanz überflüssig mache; außerdem sollte der Wahrspruch der Geschworenen unumstößlich sein. Die Nichtigkeitsbeschwerde (Kassation) war zwar ordentliches Rechtsmittel, sie diente aber auch der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung und nicht nur den Rechten des Angeklagten; gegebenenfalls wurde nach Art. 249 zurückverwiesen.

IV. FAZIT

Der Kampf um die Schwurgerichte ist Prozeß der Identitätsfindung der Bürgerlichen Gesellschaft in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts.³⁰ Das bürgerlich-liberale Selbstverständnis und die bürgerlich-liberalen Vorstellungen zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft werden im Schwurgericht gleichsam gebündelt sichtbar. Mit der Einführung der Schwurgerichte, die zweifelsohne einen rechtsstaatlichen Fortschritt bedeutet, hat umgekehrt in Bayern 1848/49 allerdings nicht etwa das bürgerlich-liberale Modell insgesamt den Sieg davongetragen. Vielmehr waren die Liberalen nach dem Scheitern der Revolution ihres liebsten Kindes, der Forderung nach Einführung von Schwurgerichten, beraubt. Daß es bei dieser Forderung aber um viel mehr als die Einführung von Schwurgerichten als solche gegangen war, zeigt die recht unreflektierte Übernahme des französischen Modells in Bayern und anderswo in Deutschland: Man hatte keinen substantiellen strafprozessualen Diskurs geführt, sondern eine

²⁹ Vgl. Scheuerl, Erläuternde Anmerkungen zu der neuen Strafprozeß-Ordnung für das diesrheinische Bayern, München 1848, S. 131.

³⁰ Vgl. Blasius, S. 150.

verfassungsrechtliche Forderung aufgestellt und war mit der Einführung der Schwurgerichte ohne Erfüllung der damit verbundenen bürgerlich-revolutionären Forderungen unsanft auf prozeßrechtlichen Boden zurückgeholt worden. Und auf dieser Ebene standen die in weiten Teilen Deutschlands eingeführten Schwurgerichte in der rechtspolitischen Debatte³¹ sehr schnell auf verlorenem Posten, weil man das erstmals 1850 in Hannover eingeführte Schöffengericht für überlegen hielt³² und die „Furcht [der 1848er] vor der Allgewalt der staatlichen Richter [...] (grenzenlosem) Vertrauen [der nachfolgenden Generation] gewichen“³³ war.

³¹ Vgl. dazu Koch, Mittermaier und das Schwurgericht, ZNR 22 (2000), 167 ff. 179 f.

³² Schöffengerichte verdrängten freilich erst 1924 (RGBl. 1924 I, S. 15 ff.) im Deutschen Reich die Schwurgerichte vollständig, während sie nach dem Gerichtsverfassungsgesetz von 1879 nur für leichtere Kriminalität zuständig waren und die Kapitalverbrechen den Schwurgerichten zugewiesen waren.

³³ Koch, S. 186.

Prozessliche Rechtsmittel in der Gesetzgebung der ersten spanischen Verfassungsperiode (1812-1855)

Antonio Sánchez Aranda

I. Einführung	163
II. Der Übergang zur Gerichtsherrschaft in Spanien (1812-1855)	165
III. Die Prozessrechtsmittel	170

I. EINFÜHRUNG

In Spanien wurde der Rechtskodifizierungsgedanke in die Debatte während der ersten Verfassungsperiode aufgenommen. Als Antwort auf die bestehende Vielfältigkeit der Rechtsordnungen dauerte es nicht lange, bis der verfassungsgebende Prozess in Cádiz (der am 24. September 1810 begann) die Prinzipien der Vereinheitlichung der verschiedenen Sonderrechte und der Rechtskodifizierung in die Verfassungsdebatte aufnahm. Die Spanische Verfassung, die am 19. März 1812 in Cádiz angenommen wurde, setzt in Artikel 248 fest, daß „für die allgemeinen Angelegenheiten, ob zivile oder strafrechtliche, nur eine einzige Gerichtsbarkeit für alle Menschen gilt“. Auch wurde der hierfür nötige Kodifizierungsprozess beschlossen: „Das Bürgerliche und das Strafgesetzbuch sowie das Handelsgesetzbuch werden einheitlich im ganzen Königreich gelten, unbeschadet der Abänderungen, die die Cortes, das spanische Parlament, aufgrund besonderer Umstände durchführen können“ (Art. 258).

Die zeitliche Begrenzung zunächst bis zum Jahre 1855 bei der Untersuchung der Zivilprozeßeinrichtungen allgemein und im Besonderen der Prozessrechtsmittel, hat mehrere Gründe und Rechtfertigungen. Einerseits war die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts eine Zeitspanne besonders großer politischer Instabilität, nach der Ankunft Ferdinand VII im Mai 1814, der Außerkraftsetzung der Verfassung und der Rückkehr zum Absolutismus bis zu seinem Tod (29. September 1833) – nachdem die Zeit der Verfassung während des Liberalen Trienniums (1820-1823), in dem nur wenige Reformen durchgeführt worden konnten, hinter sich gelassen wurde. Danach erfolgte ein weiterer und kühner Impuls des Reformprozesses, seitens des radikalen Liberalismus während des Jahrfünfts 1834-1839, in dem die Grundlagen des Modells der Gerichtsorganisation geschaffen wurden. Für viele war dies eine radikale, wenn nicht sogar revolutionäre Reform der Justizverwaltung, die es ermöglichte zu einer Judikative überzugehen, die nun wohl auf einer wirklichen und wahrhaftigen Gewaltenteilung beruhte, sowie auf der Konsolidierung der Unabhängigkeit der Justiz als ihr Grundsatz. Die politische Instabilität führte nach dem Aufstand der Granja de San Ildefonso vom 12. August 1836 dazu, daß die Verfas-

sung von Cádiz einige Tage danach zum zweiten und letzten Mal gültig wurde und gab danach Anlass zu einem Hin und Her von Verfassungstexten – im Laufe des 19. Jahrhunderts wurden insgesamt vier Verfassungen erlassen. Die Verfassung von 1812 war gültig bis zur Annahme derjenigen von 1837 (am 18. Juni), die wiederum den Titel V (über die Gerichte und die zivile und strafrechtliche Justizverwaltung) der Verfassung von Cádiz weiterhin gelten ließ. Diese Verfassung übernahm die Einheitlichkeit der Gesetzbücher und Gerichtsbarkeiten (Art.4: „Die gleichen Gesetzbücher gelten im ganzen Königreich und in ihnen wird nur eine einzige Gerichtsbarkeit für alle Spanier in den allgemeinen Gerichtsprozessen, ziviler und strafrechtlicher Art etabliert“). Das politische Hin und Her führte dazu, daß die liberalen Konservativen der Gemäßigten Partei 1844 an die Macht kamen und ein neuer Verfassungstext am 23. Mai 1845 in Kraft trat, der das Prinzip der Einheitlichkeit der Gesetzbücher beinhaltete („die gleichen Gesetzbücher gelten im gesamten Königreich“) und während dessen Gültigkeit die erste Zivilprozessordnung angenommen wurde. In dieser politisch instabilen Situation und besonders des gesetzgeberischen Stillstandes, leben die alte Gesetzgebung und ihr Gerichtsmodell mit einer intensiven Reform zusammen, und die Übel der Justiz verschärften sich.

Andererseits wird die zeitliche Begrenzung auch durch die Arbeit an den Gesetzbüchern gerechtfertigt. In der Übergangszeit wurde 1822 ein Strafgesetzbuch erlassen, ein Handelsgesetzbuch im Jahre 1829 und eine Handelsprozessordnung 1830, alles Gerichtsinstrumente, die ein Beweis für den bürgerlichen Veränderungsantrieb sind, der angemessene Instrumente für eine politische und wirtschaftliche Konsolidierung benötigte. Der Kodifizierungsprozess kam jedoch erst so richtig im Mai 1843 mit dem Regierungsantritt von Joaquín María López in Gange, der auch Justizminister war, als das Allgemeine Kodifizierungskomitee gebildet wurde (19. August 1843). Vorsitzender dieses Komitees war anfänglich der liberale Anwalt Manuel Cortina, der nach seinem Rücktritt 1844 von Bravo Murillo abgelöst wurde, und der den deutlichen Auftrag ausgab, Gesetzbücher auszuarbeiten, die mit den Prinzipien und Techniken übereinstimmte die die verfassungsmäßige Ordnung vorsah. Mit dem Regierungsantritt des Generals Narváez am 4. Mai 1844 begann das sogenannte Moderate Jahrzehnt (zehn Jahre konservativer Regierung), während dem der Kodifizierungsprozess wichtige Impulse erhielt. Das Kodifizierungskomitee begann mit seiner Arbeit am 17. September 1843 und war anfangs in vier Abteilungen aufgeteilt: Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des Strafgesetzbuches, der Zivilprozessordnung und der Strafprozessordnung. Letztere waren damit beauftragt, so bald wie mögliche ein Projekt der Gerichtsorganisation auszuarbeiten, ein notwendiger Schritt bevor man in den Kodifikationsprozessen Fortschritte erzielen konnte.

Zweifellos war der Weg vom Beginn des verfassungsgebenden Prozesses in Cádiz bis zur Verabschiedung der spanischen Zivilprozessordnung (ZPO) 1855 durch eine wachsende Rechtsunsicherheit gekennzeichnet, einem zusätzlichen Gerichtschaos auf-

grund des fehlenden Zivilgesetzbuch und Prozessordnung, sowie einer nicht vorhandenen Harmonisierung von Instanzen und Vorgehensweisen und, vor allem, aufgrund einer Gerichtsordnung mit einem Prozesssystem, wo die Prozessdilationen zu schier endlosen Prozessen führten. Daher beschloss das Kodifizierungskomitee, zuerst den Zivilprozess zu reformieren voranzutreiben und eine Gerichtseinheitlichkeit auf diesem Gebiet anzustreben und die Reform des Strafprozesses zweitrangig zu behandeln, weswegen die Strafprozessordnung erst 1882 verabschiedet wurde. Nichtsdestoweniger war die Struktur der Zivilgerichtsbarkeit seit den bedeutenden Reformen von 1834 besser definiert. Dies ermöglichte es schließlich, daß die Gerichtsverfassung und der Zivilprozess mit dem laut seiner Bezeichnung „provisorischen“ Justizorganisationsgesetz vom 15. September 1870 praktisch schon harmonisiert wurden.

II. DER ÜBERGANG ZUR RICHTERSHERRSCHAFT IN SPANIEN (1812-1855)

Bevor wir die Prozessreform untersuchen, ist es vonnöten, uns die Prinzipien ins Gedächtnis zu rufen, auf die sie sich in Spanien gründete. Der komplizierte Übergang von der Justizverwaltung zur Richtersherrschaft in Spanien zu untersuchen, auf die wir in der Einführung angespielt haben, war ein Reformprozess, der über vierzig Jahre dauerte. Wir müssen verstehen, daß, zusammen mit dem Respekt vor bestimmten Prinzipien der ihm vorausgehenden kastilischen Zivilprozessgesetzgebung, „dem Gesetzgeber bürgerlicher Mentalität das große Werk zukam, zu erreichen, daß die Verwaltung die Gedanken der systematischen Gesetzmäßigkeit, der Schnelligkeit und der finanziellen Zugänglichkeit, der territorialen Unmittelbarkeit, der Beweissicherung, der Möglichkeit, Ungerechtigkeiten zu korrigieren, der Gleichheit der Parteien, der technischen Verteidigung, der Öffentlichkeit (...) in der Prozessordnung in sich aufnimmt“¹.

Daher waren die Prinzipien der Einheitlichkeit der Gerichtsbarkeit, Gesetzbüchern und richterlicher Unabhängigkeit der Schlüsselpunkt für die Einführung des neuen Zivilprozessmodells. Zur Einheitlichkeit der Gerichtsbarkeit hieß die Verfassung von 1812 gut, daß „es in allgemeinen, zivilen und Strafsachen nur eine Gerichtsbarkeit für alle Menschen gibt“ (Art. 248), gleichzeitig erlaubte sie den Gesetzen die Entscheidung darüber, „ob es Sondergerichte geben solle, die über bestimmte Angelegenheiten entscheiden“ (Art. 275). Hinsichtlich der besonderen Gerichtsbarkeiten des Ancien Régime, respektierte sie die kirchliche (Art. 249) und die Militärgerichtsbarkeit (Art. 250), und behielt die sogenannten Gerichte der Staatsfinanzen bei, die Handelsgerichte und die Bergbaugerichte. Erst durch den Königlichen Erlass der Vereinheitlichung der Gerichtsbarkeiten vom 6. Dezember 1868 werden die Gerichtsbarkeit von Marine, Krieg und Ausländerangelegenheiten in Zivilangelegenheiten (mit Ausnahme der gesetzlichen Erbfolge und der Erbteilungsverfahren) und die Sondergerichte der Finanzen und die Han-

¹ ALEJANDRE GARCÍA, J.A., Besprechung des Werkes von Álvarez Cora, E., *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, in INITIUM 8 (2003), S. 947.

delsgerichte nach einem langen Prozess der Entziehung von Kompetenzen in Zivilangelegenheiten derselben, abgeschafft.

Die Einheit der Gesetzbücher wird auch in allen Verfassungen des 19. Jahrhunderts zitiert. Hier soll die Verteidigung der Einheitlichkeit der Prozessordnung hervorgehoben werden, wie sie in der Verfassung von 1812 stand: „Die Gesetze zeigen die Ordnung und die Formalitäten des Prozesses auf, die einheitlich in allen Gerichten sind und weder die Cortes noch der König können davon entbinden“ (Art. 244), was Hand in Hand geht mit der ausdrücklichen Anerkennung der zivilen, strafrechtlichen und Handelskodifizierung (Art. 258). Wie schon erwähnt, führten jedoch die politische Instabilität, die Probleme bei der Einführung des neuen Staatsmodells oder der aus der Gültigkeit der sogenannten Partikularrechten entstandene Konflikt dazu, daß der spanische Kodifizierungsprozess sich ebenso wie in Deutschland ohne eine logische Ordnung entwickelte: die Gerichtsverfassung (die teilweise den politischen Postulaten entsprach) ging der eigentlichen Zivilprozesskodifizierung voraus und letztere wurde dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorgezogen, das am 24. Juli 1889 durch einen Königlichen Erlass in Kraft trat.

Was die richterliche Unabhängigkeit betrifft, so sah die Verfassung von 1812 die Gewaltenteilung vor: Art. 242 besagte, daß „die Befugnis, Gesetze in Zivil- und Strafsachen anzuwenden ausschließlich bei den Gerichten liegt“ und Art. 243, daß „weder die Cortes noch der König in keinem Fall gerichtliche Funktionen übernehmen können, noch anhängige Prozesse vor einen höheren Gerichtshof ziehen oder bereits abgeschlossene Prozesse erneut eröffnen können“. Hinsichtlich der eigentlichen Unabhängigkeit der Gerichte, so konkretisierte Art. 245, daß „die Gerichte keine anderen Funktionen ausüben können als diejenige, zu richten und dafür zu sorgen, daß das Gerichtete auch vollzogen wird“ und Art. 246 verbot es ihnen, „die Vollziehung der Gesetze aufzuheben oder jedwelche Regelung für die Justizverwaltung zu machen“. Die Verfassung von 1812 legte folglich die Gewaltenteilung fest, sowie die Befugnis der Gerichtsherrschaft bei den Gerichten, erlaubte jedoch die Aufsicht der Legislativen beim Prozess der Einführung des neuen Modelles, angesichts des Mißtrauens gegenüber den Richtern des Ancien Régimes, die dem richterlichen Ermessen anhängen, und behielt sich die Befugnis der Gesetzesinterpretation vor, wie wir bei Prozessangelegenheiten sehen werden. Auf diesem Weg, etablierte die Verfassung von Cádiz den Zivilprozess in Art. 280 „als ein freiwilliges Mittel, Rechtsstreite beizulegen – da keinem Spanier das Recht abgesprochen wurde, „seine Differenzen durch Schiedsrichter beilegen zu lassen, die von beiden Seiten ausgewählt wurden“² und beschloß das Drei-Prozessinstanzen-Prinzip, damit das Endurteil die Auswirkung von *Res judicata* entfaltet (Art. 185: „In jedem Geschäft, unabhängig von seiner Höhe, wird es mindestens drei Instanzen geben und drei von diesen ausgesprochene Endurteile“). Es wurde so versucht, der Prozesspraxis des *omisso medio* ein Ende zu setzen, welche erlaubte, die Rechtsstreite ohne die höheren Instanzen *per saltum* direkt der königlichen Gnade oder dem direkten Eingriff des Königs im Prozess vorgelegt, wie es in den *Partidas* 3.24.4 vorgesehen ist, wodurch beispielsweise die Möglichkeit der Revision des rechtskräftigen Urteils eröffnet und die Prozessinstanzen änderte und

² Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Estudio histórico de la Ley Procesal Civil de 1855*, auf dem I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal, Madrid, 1955, S. 57.

Rechtsstreite bedeutende Prozessdilationen erfuhren, wenn sie in mehr als vier Instanzen einer Revision unterworfen wurden.

Die Übel, unter denen die Justiz litt, führten dazu, daß im Reformprogramm der Liberalen von Cádiz zuallererst die „schnelle“ Reform der Rechtsprechung stand, die dahin tendierte, eine neue harmonisierte Gerichtsverfassung zu entwickeln, die in Titel V vorgesehen war, wobei anfänglich die Prozessreform aufgehoben war. Aus diesem Grunde wurde im folgenden Monat der Erlass vom 17. April 1812 veröffentlicht, das das polysynodiale Modell verbot und den Obersten Gerichtshof von Spanien schuf (vorgesehen im Art. 259 der Verfassung); am 9. Oktober 1812 der Erlass, in dem die Regelungen der Audiencias und Gerichte erster Instanz (für die beiden ersten Instanzen) festgesetzt wurden; am 19. April 1813 die Anweisungen, um die Rechtsprechungskompetenzen im gesamten Königreich zu entscheiden und am 13. März 1814 die Regelung des Obersten Gerichtshofes. Dies war eine schnelle und bedeutende Gerichtsform, gut strukturiert, die das Gerichtsmodell von Vögten, königlichen Untersuchungsbeamten, Reales Audiencias und Chancillerías und Räten des Ancien Régimes verdrängte. Wenn daher im allgemeinen „alle Zivil- und Strafsachen innerhalb des Gebietes einer jeden Audiencia beendet werden müssen“ (Art. 262 der Verfassung), so wird die zweite Instanz auf dem Gebiet des Prozesses von einer Reform betroffen, die das Prinzip der Unabhängigkeit und Gleichheit zwischen den Audiencias verkündet, und die Kompetenzen übernimmt, in allen Zivilsachen der Gerichte der zweiten und dritten Instanz in seinem Bezirk zu entscheiden (Art. 263 der Verfassung von 1812). Der Oberste Gerichtshof übernahm die endgültige Gesetzesauslegung nicht, diese Aufgabe entfiel auf die Cortes, aufgrund des Mißtrauens gegenüber den Richtern.

Obwohl diese Reform im Mai 1814 mit der Rückkehr von Ferdinand VII, dem Ersehnten, zum Erliegen kam, versuchte das Liberale Triennium ab 1820 in diesem Geist der Reform und Struktur die Justizreform durchzuführen. In einer Wiederaufnahme der Grundlagen, wurde der Erlass vom 12. März 1820 veröffentlicht, mit dem der Oberste Gerichtshof wieder hergestellt wurde und eine Prozessreform in Gang gebracht wurde, die wiederum durch die Rückkehr von Ferdinand VII zum Absolutismus beendet wurde, nach der Unterstützung durch die Heilige Allianz, die auf dem Kongress von Verona im November 1822 beschlossen worden war und im April 1823 zur Französischen Invasion in Spanien führte.

Die teilweisen und unvollendeten Reformen hatten das Gericht- und Prozessproblem verschärft, nicht nur durch Prozessverzögerungen, sondern auch durch große Unsicherheit auf dem Gebiet der Vorgehensweisen. Die geltende Gesetzgebung, deren größter Teil in der *Novísima Recopilación de Leyes de España* (von 1805, es sei bemerkt, daß diese zu einem Zeitpunkt veröffentlicht wurde, in dem ein Jahr später in Frankreich das erste Prozessgesetzbuch verabschiedet wurde) enthalten ist, in den Partidas und die kontinuierlichen Reformen und Gegenreformen führten dazu, daß die Richter und Rechtsanwälte die Gesetzgebung nur mühsam kennenlernten³, zu übertriebenen Prozesskosten

³ Die literarische Gattung des gesetzgeberischen Repertoires oder der Rechtsliteratur wurde unabdingbar, um in Prozessangelegenheiten Wissen und Rechtssicherheit beizutragen. So kann man u.a. folgen-

und zur Unregelmäßigkeiten bei den Prozessen, wo das richterliche Ermessen wieder Berühmtheit erlangte. Dieses Problem verschärfte sich bei den Rechtsmitteln noch, aufgrund der Gültigkeit derjenigen, die im Ancien Régime existierten, bei denen, aufgrund ihres Charakters, die außerordentlichen mit den ordentlichen verwechselt wurden, wie es in der Prozesspraxis mit dem sogenannten Einspruch gegen eine Einspruchsentscheidung geschah. Diese Verwechslung und manchmal auch die königliche Gnade, verursachten ständige Ausnahmen des Prinzips des *trium conformium sententiarum* (Partidas 3.23.25), was dazu führte, daß es in der zivilen Rechtsprechung möglich war, daß ein Urteil in bis zu vier oder fünf Instanzen in Revision gehen konnte⁴. Wahrscheinlich waren es diese Umstände, die die liberale Politik dazu zwangen, nach dem Tod Ferdinands VII im Jahre 1833 die Gerichts- und Zivilprozessreform vorrangig voranzutreiben und die Gerichtsverfassung und die Strafprozesse erst einmal auf Eis zu legen. In dieser Linie, bevollmächtigte das Gesetz vom 32. Juli 1838 die Exekutive, „in einer einzigen Richtlinie die Regeln zusammenzufassen, die den Ablauf aller Arten von Zivil- und Strafprozessen hinsichtlich der ordentlichen Königlichen Rechtsprechung bestimmen“, obwohl die Reform nur im Zivilbereich in Angriff genommen wurde.

Daher müssen wir dem Beitrag Wert beimessen, den das Allgemeine Kodifizierungskomitee geleistet hat. Obwohl die ersten Prozesskodifizierungsarbeiten 1834 begannen, wohnen wir erst ab der Schaffung des Komites 1843 bedeutenden Fortschritten dieser Arbeit bei. Auf dem Gebiet des Prozesses kann man diese nicht so sehr als eine Neuerung

de Werke konsultieren: GÓMEZ Y NEGRO, L., *Elementos de práctica forense*, a que precede un discurso como preliminar y plan de la obra, sobre el arte de litigar, y otro por apéndice sobre la autoridad que en su opinión tienen los códigos con los títulos de Fuero Real, las Siete Partidas, Leyes del Estilo, Ordenamiento de Alcalá y las Ordenanzas Reales de Castilla, dritte Ausgabe, Druckerei von Mariano de Santander y Fernández, Valladolid, 1830; FERNÁNDEZ DE LA HOZ, J.M., *Código de procedimientos judiciales* redactado con arreglo a la legislación vigente, Madrid, 1843; MARTÍN CARRAMOLINO, J., *Método actual de la sustanciación civil y criminal en la Jurisdicción Real ordinaria*, Cuadernos I y III, Madrid, 1839 und RUIZ Y PRADAS, J. J., *Instrucción práctica y Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas pertenecientes a la Real Jurisdicción ordinaria*, Alcoy, 1841.

⁴ Als Beispiel dient der Rechtsstreit, der angestrengt wurde, um über das Eigentum und den Besitz der Stände, die Würde und den Titel des Grafen Alva de Liste zwischen dem Grafen von Puñonrostro und dem Herzog von Frías und Escalona (la propiedad y pertenencia de los Estados, Grandeza y título de Conde de Alva de Liste entre el Conde de Puñonrostro y el Duque de Frías y Escalona) zu diskutieren, zu dem 1827 eine außergewöhnliche neue Revision beantragt wurde, und eine weitere 1830, letztere wurde von Ferdinand VII durch eine Anordnung im März als fünfte Revision zugestanden. Seine Bittschrift kann im Archivo Histórico Nacional, Consejos, Aktenbündel. 6122 eingesehen werden, der Wortlaut der Anfrage wird hier transkribiert, ohne Angabe der Seitenzahlen: „Anfrage an den Rat. Anfraga an S.M. Ihre Erachten hinsichtlich des Ersuchens des Grafen von Puñonrostro, in dem er beantragt, die Frist als abgelaufen zu erklären, um den Einspruch gegen eine Einspruchsentscheidung zu gestatten, die vom Herzog von Frías in dem Rechtsstreit eingeführt wurde, den sie vor der Chancillería von Valladolid über das Eigentum des Standes von Alva de Ariste geführt haben“. Dieser Rechtsstreit hat die Besonderheit, daß es 1862, mit dem neuen verfassungsmäßigen Prozesssystem, noch nicht beendet war, weswegen ein Gutachten und eine Untersuchung notwendig waren, um festzustellen, ob eine neuerliche Revision möglich war und welches die zuständige Instanz sei. S. hierzu SEIJAS LOZANO, M., „Dictamen del Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, acerca de la competencia de dicho Tribunal para conocer y fallar el pleito que radicó en el antiguo Consejo de Castilla, y respecto del cual, fallado ya en grado de segunda suplicación, se digno acordar S.M. en Real Orden de marzo de 1830, una nueva vista para Consejo pleno, que había solicitado el Conde de Puñonrostro“, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 20 (1862), S. 529-541.

oder eine radikale Änderung im Vergleich zur früheren Gesetzgebung ansehen, sondern eher als eine kontinuierliche und systematische Reform, die den vier Jahrhunderten gesetzgeberischen Gemischs und Ansammlungen, nicht definierter Kompetenzen, ungenauer Prozesspraxis und richterlichen Ermessens ein Ende setzte. Die Kodifizierungsarbeit stellte einen wichtigen Schritt dar, um das Prozessrecht mit den Gerichtsinstanzen in Einklang zu bringen. Ab 1834 werden die auf dem Gebiet des Prozesses und der Gerichte eingeführten Reformen in folgendes gesetzgeberisches Vorgehen umgesetzt:

- Nach der Aufteilung Spaniens in Provinzen im Jahre 1833 dank der Arbeit des Ministers Javier de Burgos, führte der Königliche Erlass vom 2. Januar 1834 die Auf- und Verteilung des entsprechenden Gebiets auf die der Provinz entsprechenden Audiencias ⁵.
- Der Königliche Erlass vom 24. März 1834, über die Regelung der Obersten Gerichte der Nation (Arreglo de los Tribunales Supremos de la Nación) schaffte das polysynodiale Modell des Ancien Régimes ab (die Räte von Kastilien und der Überseeprovinzen hatten rechtsprechende Funktionen) und führte den Obersten Gerichtshof Spaniens und der Überseeprovinzen ein, wie es nun hieß.
- Der Königliche Erlass vom 2. September 1835 enthielt die Regelung der Justizverwaltung (Reglamento para la Administración de Justicia) hinsichtlich der ordentlichen Rechtsprechung und legte die Kompetenzen und Strukturen der Provinzaudiencias und des Obersten Gerichtshofs Spaniens fest (Art. 57 weist ihm die ausschließliche Kompetenz bei außergewöhnlichen Rechtsmitteln zu).
- Der Königliche Erlass vom 17. Oktober 1835 enthielt die Regelung des Obersten Gerichtshofs Spaniens und der Überseeprovinzen (Reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias), und legt die Grundlagen der dritten Instanz fest.
- Der Königliche Erlass vom 9. Dezember 1835 enthielt die Bestimmungen für alle Audiencias der Halbinsel und der umliegenden Inseln (Ordenanzas para todas las Audiencias de las Penínsulas e Islas adyacentes).
- Der wichtige Erlass vom 13. August 1836, der die Gültigkeit des Titels V über die Justizverwaltung der Verfassung von 1812 wieder in Kraft setzt und es ermöglicht, den Reformenweg zur Gerichtsverfassung fortzusetzen, der 1812 begonnen worden war.
- Der Erlass vom 4. November 1838 betraf die alten Rechtsmittel des Einspruchs gegen eine Einspruchsentscheidung und der offenbaren Ungerechtigkeit, führte die Aufhebung eines Gerichtsurteils ein mit der sogenannten Nichtigkeits-

⁵ Dieser Erlass vom 26. Januar 1834 schaffte die Reales Audiencias und Chancillerías ab, die große Bezirke umfassten, wodurch die territoriale Kompetenz der zweiten Instanz durch kleinere Bezirke rationalisiert wurde. Es beschloss den Aufbau der territorialen Audiencias von Madrid, Valladolid, Granada, Navarra (Königlicher Rat von Navarra), Sevilla, Oviedo, Canarias, Cáceres, Burgos, Albacete, Zaragoza, Valencia, Barcelona, sowie die Neuschaffung derjenigen von Burgos und Albacete.

klage und wies dem Obersten Gerichtshof hierfür die ausschließliche Kompetenz zu.

- Das provisorische Gesetz für den Ablauf der Rechtsstreite mit einem geringfügigen Streitwert, vom 10. Januar 1838, über die Prinzipien der zeit- und ressourcensparenden Durchführung und die Prozesskosten harmonisierte die erste Zivilinstanz bei Rechtsstreiten mit einem geringfügigen Streitwert.
- Die Regelung der erstinstanzlichen Gerichte im Königreich (Reglamento de los Juzgados de primera instancia del Reino) vom 1. Mai 1844 schloß die Reform der Justizverwaltung ab.
- Als letztes wurde für den Zivilprozess am 30. September 1853 die sogenannte Anweisung zu Zivilprozessen hinsichtlich der ordentlichen königlichen Rechtsprechung (Instrucción de procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria) veröffentlicht. Sie wurde abseits des Allgemeinen Kodifizierungskomitees vom Minister für Gnade und Justiz durchgeführt, dem aus Granada stammenden José de Castro y Orozco (Marquis von Gerona), der die Grundlagen der sogenannten Rechtsstreite mit einem geringfügigen Streitwert einführte, die recht kurzlebig war, da sie schon 1855 von der ZPO abgelöst wurde.

Diese bedeutende Reform ermöglichte es 1855, die Zivilinstanzen und –prozesse aufeinander abzustimmen und zu harmonisieren.

III. DIE PROZESSRECHTSMITTEL

Der Anstoß des Kodifizierungsprozesses, von der Bildung des Allgemeinen Kodifizierungskomitees, führt uns schließlich zur Verabschiedung der ersten Prozessordnung, die innerhalb des Verfassungsrahmens die neue Gerichtsherrschaft etablierte: die Zivilprozessordnung von 1855, die durch den Königlichen Erlass vom 5. Oktober angenommen wurde und am 1. Januar 1856 in Kraft trat. Der Ausdruck „Prozess“, obwohl er verstanden wird als die rechtliche Vorgehensweise bei der Durchführung und Beendigung der Verfahren, bezog sich strictu sensu in der historischen spanischen Prozessgesetzgebung „auf die Bewertungshandlungen eines Richters, die verschieden sind von den Handlungen eines Verfahrens“⁶. Ohne hier eine tiefgehende Untersuchung zu machen, wurde die Struktur und die Systematik der ZPO kritisiert und sogar nicht als ein Beispiel der guten Kodifizierungsarbeit angesehen, da ihre Systematik stark an die revisionistische Technik der vorherigen Gesetzgebung angelehnt war⁷. Die Debatte über Erneuerung oder Konti-

⁶ ALVAREZ CORA, La arquitectura, s.o., S. 31, Note. 47. Dieses Werk ist ein Muß, um den Übergang von der Justizverwaltung des Ancien Régime zu den Artikeln der neuen Judikative des 19. Jahrhunderts in Spanien zu verstehen.

⁷ S. Hierzu SÁNCHEZ ARANDA, A., CZEGUHN, I. Y MARTINEZ DHIER, A., Erneuerung oder Kontinuität? Die Spanische Zivilprozessordnung von 1855, in SÁNCHEZ ARANDA und LÖHNIG, Justizreform im Bürgerlichen Zeitalter. Rechtsentwicklungen in Spanien und Deutschland, Regensburg, 2013, S. 89-116.

nuität wurde klar vom Grundlagengesetz vom 13. Mai 1855 entschieden, das die Verfahrensweisen der Prozesskodifizierung etablierte:

„Art. 1 Die Regierung schreitet zur sofortigen Ordnung und Zusammenstellung der Gesetze und Regeln der Zivilprozesse, unter Beachtung der folgenden Grundlagen:

1. Wiederherstellung der Grundregeln der Prozesse in aller Reinheit, die in unseren alten Gesetzen niedergelegt sind, indem die Reformen, die die Wissenschaft und die Erfahrung gebieten, eingeführt werden und aller Mißbrauch, der in der Praxis besteht, gebannt wird“.

Auf dem Gebiet der Rechtsmittel wurde die Urteilsbegründung eingeführt – was einen Bruch mit der kastilischen Gesetzgebung bedeutete, in der seit Ende des 15. Jahrhunderts die Begründung ausdrücklich verboten war –, das Prinzip der drei Prozessinstanzen und die Vereinfachung der Einlegung einer Nichtigkeitsklage, in dem Versuch, durch die Urteile des Obersten Gerichtshofes die Rechtsprechungseinheitlichkeit auf dem Gebiet der Gesetzesauslegung zu erreichen:

„5. Die Urteile werden begründet.

6. Es gibt nicht mehr als zwei Instanzen.

7. Die Nichtigkeitsklage wird so weit erleichtert, wie es nötig ist, damit alle Prozessparteien Gerechtigkeit erlangen und die Rechtsprechung an allen Gerichten vereinheitlicht wird, wobei stets die Hierarchie derselben in Betracht gezogen wird“.

Die ZPO stützte sich auf ein früheres Projekt, das den Cortes am 31. Januar 1855 vorgelegt worden war und wurde somit in weniger als neun Monaten fertiggestellt. Auch wenn sie mit dem Anspruch auf Fülle gegenüber der vorherigen gesetzgeberischen Anhäufung entstand, ruhte sie auf der Systematisierung des *ordo iudiciarius privatorum* der kastilischen Krone, die dem *ordo iudiciarius* des *Ius commune* eng verbunden war. Diese wurden früh im Rechtstext der Partidas rezeptioniert (die III ist dem Zivilprozessrecht gewidmet) und sind wiederum die Grundlage des Vereinheitlichungsprozesses der Rechtsprechung, die von Philipp V im ersten Drittel des 18. Jahrhunderts in Angriff genommen worden war, als er das kastilische Modell auf die Krone von Aragón mittels der Erlässe der Nueva Planta ausweitete. Mit der Vollmacht, die dem Kodifizierungskomitee übergeben worden war, konnte die alte rituelle Gesetzgebung nicht entfernt werden, sondern, ganz im Gegenteil, „den Grundprinzipien der alten Gesetze neue Kraft einflößen, indem der verderbliche Mißbrauch abgeschafft wird und jene an die Ansprüche der Zeit anpassen“⁸. Daher formulierte der Abgeordnete Nicolás Rivero, daß „wir keine Prozessordnung machen werden (...) – sondern- daß die sich auf den Zivilprozess beziehenden Gesetze zusammengestellt werden“⁹.

⁸ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación Española*, 2, Procedimiento civil, Justizministerium, Madrid, 1972, S. 61.

⁹ *Diario de Sesiones de las Cortes, Congreso*, n° 147, Sitzung vom 7. Mai 1855, Madrid, 1870, S. 4515.

Folglich können wir bestätigen, daß die ZPO eine „Ordnung“ war, die sich auf die kastilische Prozesstradition stützte, die auf die Beiträge der europäischen Prozessordnungen verzichtete, und hier besonders auf den Code de Procédure Civile von 1806. Aber man darf den Verdienst des Fortschritts nicht schmälern, den es bedeutete, auf die Prinzipien von Gleichheit (sprich, ein gemeinsames Rechtsprechungsmodell), prozessrechtliche Nichtrückwirkung, Öffentlichkeit der Beweise, Begründung aller Urteile, unabhängig von der Instanz, gestützt zu sein, sowie auf die Einführung der Garantie der Unparteilichkeit des Richters und des Respekts der Rechtmäßigkeit, die Eingliederung von Wegen, um die Auslegung und die Reichweite des Gesetzes durch die Instanzen zu bestimmen sowie die Etablierung von wirksamen Mechanismen, um von den Richtern Verantwortung zu verlangen¹⁰.

Nach dem Kriterium des wirtschaftlichen Wertes der Forderung, wird der Prozess der ersten Instanz aufgeteilt in Rechtsstreite mit einem geringfügigen Streitwert und den ordentlichen, bei denen der Streitwert höher liegt. Ebenfalls berücksichtigt werden ein besonderer rechtsfeststellender Prozess des Rücktritts und die Prozesse der Zwangsräumung und die Interdikte; ein besonderer Vollzugsverfahren (der Vollzugsprozess) und die universellen Prozesse auf dem Gebiet des Erbrechts (gesetzliche Erbfolge und Erbteilungsverfahren) und die Konkursverfahren. Schließlich wurde auch die Schiedsgerichtsbarkeit abgedeckt, unter der Bezeichnung des Schiedsverfahrens und der Vermittler.

Bei den Rechtsmitteln wurde eine neue Ordnung geschaffen. Im Folgenden werden sie aufgezählt und kurz ihre Hauptkennzeichen erklärt:

1. Widerspruch

Das erste Rechtsmittel der neuen Regelung war der sogenannte Widerspruch (Art. 65 der ZPO). Es handelte sich um ein ordentliches Rechtsmittel und war darauf ausgerichtet, die Inzidenzfragen des Prozesses zu lösen und folglich vorgesehen für die Zwischenentscheidungen der erstinstanzlichen Richter (Zwischenurteile), indem eine nicht verlängerbare Frist von drei Tagen für ihre Vorlage eingeräumt. Gegen den Widerspruch konnte Berufung eingelegt werden, obwohl in der ZPO nicht ausdrücklich gesagt wird, ob dies einen Suspensiveffekt nach sich zog.

2. Berufung

Um der Rechtssicherheit und der Hierarchie willen, legte die ZPO von 1855 fest, daß gegen die von einem erstinstanzlichen Richter gefällten Urteile innerhalb einer Frist von fünf Tagen das ordentliche Rechtsmittel der Berufung eingelegt werden konnte, wobei die benachteiligte Partei das Recht dazu erhält (Art. 67). Dieses Rechtsmittel konnte ebenfalls gegen die Zwischenurteile eingelegt werden, die einen „Artikel“ entschieden. Wenn kein Rechtsmittel eingelegt wurde, wurde das Urteil rechtskräftig.

¹⁰ S. hierzu die Arbeit von ALVAREZ CORA, *La arquitectura*, s.o., S. 30. Dieses Werk ist ein Muß, um den Übergang von der Justizverwaltung des Ancien Régime zu den Artikeln der neuen Judikative des 19. Jahrhunderts in Spanien zu verstehen.

Es wurde im Normalfall der freie Zugang angenommen und konnte beide Effekte annehmen (Devolutiveffekt sowie Suspensiveffekt), jedoch, wenn die Berufung frei angenommen wurde, wurde der Vollzug des Urteils ausgesetzt (Art. 70). Es bestand die Möglichkeit, daß sie nur zu einem Effekt angenommen wurde und folglich wurde der Vollzug des Urteils nicht ausgesetzt. Anschließungen an die Berufung im Antwortschreiben der gegnerischen Seite waren erlaubt. In Ausnahmefällen konnten neue Beweise vorgelegt werden, wenn unter Umständen, die nicht auf den Berufungskläger zurückzuführen waren, diese nicht in der ersten Instanz vorgelegt werden konnten, aufgrund von Tatsachen, die zuvor unbekannt waren und nun ans Licht kamen. Nicht erlaubt war sie für den Beklagten, der in Abwesenheit verurteilt worden war und sich in der zweiten Instanz präsentierte.

3. Beschwerdeverfahren

Art. 75 der ZPO sah dieses vor und es war dazu gedacht, gegen das Urteil Einspruch einzulegen, bei der eine Berufung nicht möglich war. Es wurde vor der Audiencia selbst vorgelegt.

4. Nichtigkeitsklage

Art. 261 der Verfassung von 1812 besagte: „Es ist Aufgabe dieses Obersten Gerichtshofes: 9. Bei Nichtigkeitsklagen zu entscheiden, die gegen die Urteile der letzten Instanz eingelegt werden, zu dem genauen Zweck, den Prozess wieder in Gang zu bringen, indem er zurückverwiesen wird (...)“. Die Verfassung von Cádiz wies dem Obersten Gerichtshof Spaniens hierzu die Kompetenz zu. Diese Nichtigkeitsklage hatte keinen Präzedenzfall im spanischen Prozessrecht als außerordentliches Rechtsmittel der letzten Instanz, sondern nur in dem bereits erwähnten außerordentlichen Rechtsmittel des Einspruchs gegen eine Einspruchsentscheidung, das von Johann I 1390 in der Krone von Kastilien für mühsame Rechtsstreite mit hohem Streitwert eingeführt worden war. Da es ein außerordentliches Rechtsmittel war, das nicht zwischen Zivil- und Strafsachen unterschied, folgte die Nichtigkeitsklage dem französischen Modell, jedoch versuchten die in Cádiz versammelten Liberalen, Ähnlichkeiten mit der französischen Verfassung zu vermeiden, da zu jener Zeit fast ganz Spanien von dem französischen Heer besetzt war. So wurde die „unvollkommene“ Rezeption der französischen Nichtigkeitsklage eingeführt, indem nur ihre Einreichung bei error in procedendo erlaubt wurde und nicht bei error in iudicando. Der Verfassungstext selbst sah ein *referé* consultativ vor: „10. Über die Zweifel der anderen Gerichte hinsichtlich des Verständnisses eines Gesetzes verhandeln und den König hierüber beraten auf den hierzu bestehenden Grundlagen, damit er die angemessene Erklärung in den Cortes anstrengt“. Folglich musste die Beratung einen doppelten Filter durchlaufen, durch den Obersten Gerichtshof und den König (Exekutive), bevor sie die Cortes erreichte, die letzte Instanz und der eigentliche Gesetzesausleger. Danach, bestimmte die Regelung der Audiencias und erstinstanzlichen Gerichte, per Erlass vom 9. Oktober 1812 veröffentlicht, die Einreichung der Nichtigkeitsklage gegen Urteile der zweiten Instanz, die von den Audiencias gefällt wurden, innerhalb einer Frist

von 8 auf den Tag der Zustellung derselben an die Parteien folgenden Tagen und erteilte ihr Devolutiveffekte an die Instanz sowie Suspensiveffekte zu.

Nach der Regelung des Obersten Gerichtshofes vom Oktober 1835 führte die Veröffentlichung des Erlasses vom 4. November 1838 Prozess- und Verfahrenskennzeichen seiner Hauptkompetenz ein: der Nichtigkeitsklage¹¹. Hier heben wir hervor:

- Der Erlass öffnete zwei Wege der Anfechtung der Berufungsurteile in der dritten Instanz: wegen Verstoßes gegen das Prozessgesetz – error in procedendo – und/oder weil das Urteil „klar und bestimmt“ gegen ein Gesetz verstößt – error in iudicando – (Art. 3), wodurch die Grundlagen gelegt wurde, damit die Gesetzesauslegung, für die nun der Oberste Gerichtshof zuständig war, das wahrhaftige Verständnis und den Sinn der Gesetze festlegte. Dies bedeutete, daß die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ein Element der Vereinheitlichung und eine Quelle der spanischen Rechtsordnung war, um das Prinzip der Gleichheit in die Tat umzusetzen (Rechtsdoktrin). Zum ersten Mal wurden die Mechanismen ausgearbeitet, die nötig waren, um die Diskrepanz zwischen dem offiziellen Recht und dem Recht der Praxis zu überwinden, die so charakteristisch für das Ancien Régime seit dem späten Mittelalter gewesen war. Hinsichtlich des error in procedendo, sah der Erlass sieben Fälle für ihre Einreichung vor¹².

Es wurde eine Bürgschaft vor ihre Einreichung verlangt (Art. 8) und verlieh dem Rechtsmittel die Wirkung des Devolutiveffektes an die Instanz und des Suspensiveffektes, wobei die Vollstreckung des Urteils, gegen das Nichtigkeitsklage angestrengt wurde, erlaubt wurde. Daher wurde ebenfalls die rechtliche Vorsicht festgelegt, „ausreichende Bürgschaft zu verlangen, um bei dem Ergebnis zugegen zu sein“ bei der rechtskräftigen Entscheidung (Art. 10).

In der Sache wird nicht entschieden durch die Einführung der Technik der Rücksendung, der dazu führte, daß dem Obersten Gerichtshof rein negative oder annullierende Zuständigkeit erteilt wurde, eine dritte Instanz, in der keine neuen Beweise erlaubt wurden noch Tatsachenbegründungen (Art. 18 und 19). Folglich rezeptionierte es die doppelte Nichtigkeit – oder doppelte Rücksendung – nicht, und die Beschlüsse mussten a quo an den Gerichtshof gesandt werden, damit dieser in der Sache bestimmt, oder, in

¹¹ S. hierzu meine Arbeit La recepción de la casación francesa en el Derecho procesal español: El Decreto de 4 de noviembre de 1838 introductorio del recurso de nulidad, in Recht im Wandel-Wandel des Rechts, Böhlau Verlag GmbH & Cie, Köln Weimar Wien, 2014, S. 511-536.

¹² Erlass vom 4. November 1838, Art. 4: “Gegebenenfalls kann ebenfalls Nichtigkeitsklage gegen die Vollstreckungsbefehle dieser Gerichte eingelegt werden, wenn in den entscheidenden oder nach Einspruch entscheidenden Instanzen in folgenden Fällen gegen die Prozessgesetze verstoßen wurde: 1. Wegen fehlender Vorladung in Zeit und Form derjenigen, die zum Prozess vorgeladen werden sollten. 2. Wegen Fehlens der Rechtsfähigkeit oder nicht ausreichender Befähigung der Streitparteien, um bei einem Prozess zu erscheinen. 3. Wegen fehlender Ladung zur Beweisaufnahme oder definitiver Ladung und zur allgemeinen Beweisaufnahme. 4. Weil die Prozessbeweise nicht erhalten worden waren, obwohl sie hätten erhalten werden müssen oder es den Parteien nicht gestattet worden war, die Prüfungen durchzuführen, die ihnen zustanden, obwohl diese durchführbar und zulässig waren. 5. Weil der Beweisbeschluss oder das endgültige Urteil in Zeit und Form zugestellt wurde. 6. Wenn der Einspruch gegen eine Einspruchsentscheidung abgelehnt wurde, obwohl er rechtmäßig war. 7. Wegen Nichtzuständigkeit in der Rechtsprechung”.

dem Fall, daß es sich um Verfahrensfehler handelt, den Prozess in den Status zurücksetzen, der bei der Begehung der Nichtigkeit unmittelbar vorher bestand.

Die Praxis der Urteilsbegründung und –Veröffentlichung wird gesetzmäßig festgelegt. Im Vergleich zur Praxis im Ancien Régime wurde die Voraussetzung der Begründung eingeführt, um den Sinn der Auslegung zu erfahren, die gemacht werden musste mittels „einer ausdrücklichen Erklärung, ob das Rechtsmittel anzuwenden sei oder nicht, indem die Rechtsgrundlagen des Urteils dargelegt werden“ (Art. 17). Es handelte sich um einen Schlüsselmoment, um einen Fortschritt in der Unabhängigkeit der Judikativen, in dem auf die Einheit der Rechtsprechung geachtet wurde und so „langsam die Angst des Gesetzgebers“ verschwand, „daß die Richter seine Gesetze auslegten – und so die Legislative verletzten-“, wie Fairén Guillén aufzeigt¹³. Hinsichtlich der Öffentlichkeit des Urteils, so wird versucht, der Rechtsprechung die höchstmögliche Verbreitung und Sicherheit zu geben, indem sie beauftragt wird, im Amtsblatt unter dem Abschnitt „Oberster Gerichtshof“ ihre Urteile zu veröffentlichen sowie diejenigen, die von den Audiencias gefällt wurden (Art. 23)¹⁴. Die Forderung nach der Urteilsbegründung der ersten und zweiten Instanz blieb offen. Es war ein wichtiger Fortschritt, der jedoch angesichts des Fehlens eines Fortschrittes bei der Kodifizierung auf zivilem und prozessalem Gebiet, frontal mit einer Rechtspraxis kollidierte, was dazu führte, daß der Oberste Gerichtshof die schwierige Aufgabe übernahm, die geltende Gesetzgebung zu vereinheitlichen und aufzuklären.

Folglich legte der Erlass von 1838 definitiv die Außerordentlichkeit des Rechtsmittels fest, sowie die negative Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und führte zum ersten Mal die Unterscheidung zwischen Verstoß gegen das materielle Gesetz und methodischem Fehler ein, ebenso das Konzept der Rechtsdoktrin und die angemessenen Instrumente, damit das Hohe Gericht den Wert hatte, der ihm zustand.

Andererseits behielt die erwähnte Anweisung zu Zivilprozessen von 1853 die Nichtigkeitsklage rechtskräftig und ohne sie zu verändern bei, so daß es der ZPO von 1855 zukam, sie außer Kraft zu setzen. Diese nahm außerdem ohne Umschweife den Namen der Nichtigkeitsklage auf im Hinblick auf das französische Modell, das als Inspiration diente. Die Nichtigkeitsklage wäre als letztes außerordentliches Rechtsmittel hinsichtlich ihres Charakters auf zwei Ziele ausgerichtet, wie es Álvarez Cora ausdrückt: „das erste gründet sich auf das Interesse des Einzelnen und richtet sich darauf, den Nachteil aufzuheben, der durch den Verstoß gegen ein Gesetz oder die Rechtsprechungsdoktrin entstanden war oder durch die Nichtbeachtung der Prozessgrundregeln. Das zweite basiert auf dem öffentlichen Interesse, die Gerichtspraxis zu vereinheitlichen, eine gradlinige Ausle-

¹³ “La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)”, in *Temas del Derecho Procesal I, Historia. Teoría General*, Madrid, 1969, S. 207.

¹⁴ Erlass vom 4. November 1834, Art. 23: “Im spanischen Gesetzblatt werden die Urteile des Obersten Gerichtshofes zu den Nichtigkeitsklagen veröffentlicht, sowie diejenigen, die die höheren Gerichte fällen, an die die Entscheidung der annullierten Beschlüsse zurückgegeben werden”. Zuvor verbot Karl III durch die Königliche Verfügung vom 23. Juni 1778 –Nov. R. 11.16.8 –, die Praxis der Urteilsbegründungen, da diese Grubeleien und unnötige Prozessverlängerungen verursachten.

gung der Gesetze zu geben und Rechtsprechungsregeln aufzustellen, die das Schweigen oder das Dunkel derselben ergänzen“¹⁵.

Eine der Neuheiten, die die ZPO aufwies war, die Nichtigkeitsklage auch dann als begründet anzusehen, wenn das Urteil gegen das Gesetz oder die von der „Rechtsprechung der Gerichte“ zugelassene Doktrin verstieß (Art. 1012) und bei Verletzung der Prozessformen (Art. 1013). In Bezug auf die Begründung, mussten im Urteil die Tatsachen von den Rechtsfragen getrennt werden (Art. 1058) und nach Verschwinden des in der Verfassung von 1812 vorgesehenen *referé* war es folglich möglich, dem Rechtsmittel stattzugeben, weil das Urteil gegen das Gesetz verstieß oder gegen „die von den Gerichten als Rechtsprechung zugelassene Doktrin“ verstieß (Art. 1059-1060). Hinsichtlich der Formverletzung (Art. 1061) wird die obligatorische Rückverweisung der Beschlüsse an das Gericht a quo angegeben, damit dieses sie in den Status zurückversetzt, der der Begehung des Verfahrensfehlers unmittelbar vorausging und von neuem verhandelt und ein Urteil fällt.

5. Einspruch in zweiter Instanz

In der Gesetzgebung des Ancien Régime wurde dieses Rechtsmittel als ordentlich angesehen, das gegen die Berufungsurteile eingelegt werden konnte oder, bei den sogenannten Hof- oder Königsprozessen, gegen die Urteile, die von den königlichen Audiencias in erster Instanz gefällt wurden, vor dem Einspruch gegen eine Einspruchsentscheidung. Mit der ZPO von 1855 wurde der Einspruch in zweiter Instanz praktisch darauf verwiesen, daß er nur gegen Gerichtsentscheidungen über Verfahrensfragen (Zwischenurteile) angenommen wurde, die von den Audiencias oder dem Obersten Gerichtshof gefällt wurden, wobei eine Frist von drei Tagen zugestanden wurde, um diesen einzulegen (Art. 66).

6. Rechtsmittel des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil oder der Anhörung

Die ZPO von 1855 schloss ausdrücklich die Berufung seitens der Partei, die für säumig erklärt worden war, aus, ebenso wie den Anspruch auf Gehör gegen die Urteilsvollstreckung, jedoch sah sie in den Art. 1193-1194 das Rechtsmittel des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil oder der Anhörung vor. Auch wenn es nicht möglich war, der Person, die für säumig erklärt worden war, weil sie sich nicht vor Gericht präsentiert hatte, einen Instanzenweg zuzugestehen, so konnte sie jedoch, wenn sie beweisen konnte, daß ihr Nichterscheinen vor Gericht auf höhere Gewalt zurückzuführen war, das Rechtsmittel des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil einlegen und es war möglich, ihr einen neuen Instanzenweg der Anhörung zuzugestehen.

Dieses Rechtsmittel war auch zulässig gegen den für säumig Erklärten, der mittels einer Zustellung vorgeladen worden war, die „seiner Frau, Kindern, Verwandten, Dienstboten oder Nachbarn übergeben worden war“ und daß die Umstände zutrafen, diese „nach einem Jahr ab dem Tag der Veröffentlichung der Vollstreckung im Provinzamts-

¹⁵ La arquitectura, s.o., S. 194

blatt“ zu beantragen oder daß er „völlig beweisen könne, daß eine Angelegenheit demselben nicht zuzuschreiben“ war und es deswegen unmöglich gewesen sei, daß ihm die Vorladung übergeben werden konnte (Art. 1196).

Es musste vor der Audiencia oder dem Obersten Gerichtshof vorgelegt werden und gegen seine Entscheidung konnte das Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage eingelegt werden.

7. Rechtsmittel der Haftungsklage gegen Richter

Obwohl die ZPO von 1855 dieses Rechtsmittel nicht berücksichtigt, wird es hier erwähnt, weil es zuvor in der Verfassungsgesetzgebung reguliert wurde. Der Nichtigkeitserlass von 1838 schloss die Möglichkeit neuer Rechtsmittel aus, sah aber denjenigen der Haftungsklage gegen Richter vor: „Gegen das Urteil des Gerichts a quo oder unmittelbar bei aufgrund einer Nichtigkeitserklärung zurückverwiesenen oder weitergeleiteten Urteilen, gibt es keinerlei Möglichkeit, ein Rechtsmittel einzulegen, außer demjenigen einer Haftungsklage gegen diejenigen Richter, die es fällten. Obwohl diese hierfür haften, wird ihre Entscheidung stets rechtskräftig sein und bei den Streitparteien als abgeurteilt gilt“ (Art. 21). Folge des Misstrauens gegenüber den Richtern, hatte es seinen Vorläufer in der Anordnung vom 29. Juni 1822, die den Obersten Gerichtshof bevollmächtigte, Prozesse gegen Richter anzustrengen, die gegen das Gesetz verstoßen hatten. Art. 75 der Anweisung von 1853 erweiterte die Fälle, in denen es eingelegt werden konnte.

Schlussendlich können wir trotz der Kritik an dem bei ihrer Ausarbeitung angewandten System sagen, daß die erste Zivilprozessordnung von 1855 einen bedeutenden Fortschritt für die Rechtssicherheit und –gewissheit darstellte. Jedoch existierten schwerwiegende Probleme bei ihrer Anwendung, wie beispielsweise das Fehlen eines Bürgerlichen Gesetzbuches und einer klaren Gesetzgebung zur Gerichtsorganisation. Im Rechtssystem fehlte weiterhin eine Harmonisierung zwischen dem Privatrecht und dem Prozessrecht, was eine Politik der Einzelreformen nötig machte – bzw. von Dringlichkeitsmaßnahmen. Ausgehend von dem provisorischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom September 1870, wurde eine Reform der ZPO nötig, die 1881 kommen sollte, mit der Veröffentlichung einer neuen Prozessordnung. Diese war länger als ein Jahrhundert gültig und mit ihr kam es zu einer Harmonisierung der Zivilprozessgesetzgebung auf dem Gebiet der Rechtsmittel und es kam noch eines dazu: Die Revision eines rechtskräftigen Urteils, die es dem Obersten Gerichtshof erlaubte, zur „wahrhaftigen Stimme“ des Gesetzes zu werden, indem es die sogenannten Allgemeinen Grundsätze des spanischen Rechts durch seine Rechtsprechung konkretisierte.

Justizorganisation, Gerichtsbarkeiten und Instanzen in der Schweiz 1798-1848

Unter besonderer Berücksichtigung der
Entwicklung von Gerichtsorganisation, Instanzenzug,
Ausstandsregelungen und Wählbarkeitsvoraussetzungen
in den Kantonen Zürich, Luzern, Graubünden, St.
Gallen und Appenzell Ausserrhoden.

Lukas Gschwend/Nathanael Huwiler

I. Einleitung	175
II. Die Gerichtsorganisation während der Helvetik (1798-1803)	178
III. Die Verhältnisse während der Mediation (1803-1815)	180
IV. Restauration 1815-1830	192
V. Regeneration 1830-1848	202
VI. Kanton Appenzell Ausserrhoden	215
VII. Schlussbemerkungen	219

I. EINLEITUNG

Die Trennung der Gewalten als direkter Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ist heute als zentraler Grundsätze der modernen Demokratie unbestritten.¹ Im Geist des Rechtsstaatsprinzips soll durch eine demokratisch legitimierte Verfassung bewusst geteilte Macht für Staatsgewalten geschaffen werden, diese sollen sich aber gegenseitig kontrollieren. Ziel der Gewaltenteilung ist die Eindämmung von Machtkumulation und das Verhindern von Machtmissbrauch.² Zudem wird durch die Garantie der Grundrechte die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger nicht unverhältnismässig eingeschränkt. Gewaltenteilung ist somit ein Aspekt im Spannungsfeld von staatlichen Machtbefugnissen und individueller Freiheit der Staatsbürger.³ Der richtenden Gewalt kommt die Aufgabe der Rechtsanwendung im Sinne des Urteilens in rechtlichen Streitfällen zu. Mit Blick auf die Gewaltenteilung sind insbesondere die Organisation und der Instanzenzug, aber auch die Wählbarkeitsvoraussetzungen, Unvereinbarkeiten und Ausstandsregelungen für Richterinnen und Richter von besonderem Interesse.

So einleuchtend und elementar die Idee der Gewaltentrennung zur Machteindämmung im modernen Staatsverständnis ist, so wenig selbstverständlich war sie für die po-

¹ U. Häfelin/W. Haller/H. Keller, Bundesstaatsrecht (8. Aufl.), Zürich/Basel/Genf 2012, 53.

² Ch. Kaufmann, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, 3.

³ G. Biaggini, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, 178.

litischen Eliten der Restauration (1815-1830); während der Regeneration (1830-1848) wurde sie zum Hauptanliegen liberaler Kreise.⁴ Trotz der Einführung der Gewaltenteilung nach 1830 in den regenerierten Kantonen blieb das Recht der Begnadigung von Straftätern dem legislativen Grossen Rat vorenthalten, was bis heute als erheblichen Eingriff in die richterliche Gewalt zu bewerten ist.⁵ War die Schweiz als Helvetische Republik (1798-1803) und jedenfalls teilweise auch während der Mediationszeit (1803-1815) von den Leidideen der Volkssouveränität, Rechtsgleichheit und der Gewaltenteilung im Sinne der französischen Revolution geprägt,⁶ zeigt sich während der Restaurationszeit ein für gegenwärtige Begriffe kurioses Bild. In seinem Standardwerk „Restauration der Staatswissenschaften“ – das der Epoche von 1815-1830 den Namen Restauration eintrug – erklärt der Schweizer Staatsrechtler Karl Ludwig von Haller die Gewaltentrennung als ersten Schritt zur Revolution, da sie den Fürsten zum Diener des Volkes herabwürdigte.⁷ Der später vom Basler Staatsrechtler Eduard His vorgebrachte Einwand, die Ämterkumulation sei mangels genügend vorgebildeter Personen die einzige Möglichkeit zur Bestellung der Staatsämter gewesen, vermag nicht restlos zu überzeugen.⁸ Es ist in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts denn auch eine Tendenz zur Machtanhäufung in den Kleinen Räten, den eigentlichen Regierungen, zu beobachten,⁹ was die Notwendigkeit der funktionalen, sachlichen und v.a. personellen Gewaltenteilung zwecks Verhinderung von Machtkumulation gerade unterstreicht. Die Kleinen Räte waren faktisch Ausschüsse der Grossen Räte, der Legislative, und behielten in der gesetzgebenden Gewalt Sitz und Stimme sowie oft das Recht, den Vorsitzenden zu stellen.¹⁰ Es zeigt sich für die Restaurationszeit also eine aristokratisch geprägte Staatsform mit Machtkumulation von gesetzgebender, vollziehender und richterlicher Gewalt in den Kleinen Räten.

Soll in der vorliegenden Abhandlung die Gerichtsorganisation ausgewählter Schweizer Kantone für den Zeitraum von 1798 bis 1848 dargelegt werden, muss diese aus gegenwärtiger Sicht mangelnde Präsenz der Gewaltenteilung im Blickfeld behalten werden. Die den anderen Gewalten ebenbürtige richterliche Gewalt gab es anfangs des 19. Jahrhunderts nicht. Vielmehr zeigt sich, dass die Staatsaufgabe des Urteilens in Rechtsstreitigkeiten auf verschiedene Gewalten aufgeteilt war. Unter dem Einfluss der französischen Entwicklung war die Herausbildung einer eigenständigen richterlichen Gewalt jedoch in Ansätzen vorhanden. Ab 1830 wird die Unabhängigkeit der judikativen Gewalt in der Organisation und im Alltag der Gerichte immer konkreter.

⁴ Vgl. M. Huber, Die Trennung der Gewalten unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, Zürich 1923, 9.

⁵ E. His, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts. Die Zeit der Restauration und der Regeneration 1814 bis 1848 (Bd. II), Basel 1929, 256.

⁶ Vgl. P. L. Usteri, Gerichtsorganisation und Zivilprozess im Kanton Zürich während der Helvetik, Affoltern am Albis 1935, 13 und relativierend 109ff.

⁷ HIS II, 247 (Fn. 5).

⁸ Ders., 248.

⁹ Ders., 248.

¹⁰ Ders., 248.

Politisch-geographisch wird, da eine Darstellung der teilweise recht heterogenen Entwicklung in allen 24 bzw. nach 1833 25 Kantonen und Halbkantonen im vorliegenden Rahmen nicht möglich ist, die Betrachtung auf die Kantone Zürich, Luzern, Graubünden, St. Gallen und Appenzell Ausserrhoden¹¹ fokussiert. Letzterer stellt in seiner Entwicklung einen Sonderfall dar und wird gegen Ende des Aufsatzes separat abgehandelt. Er dient als Beispiel dafür, wie eigendynamisch sich manche kantonalen Gerichtsbarkeiten entwickelten, obwohl in der Tendenz eine Vereinheitlichung festzustellen ist. Sachlich stehen die Aspekte der Gerichtsorganisation und des Instanzenzugs, die Wahl der Richter und die Wahlvoraussetzungen sowie Regelungen zu Ausstand und Unvereinbarkeit im Zentrum. Es wird somit ein Überblick über die kantonale Organisation der Gerichte für die Zeit der Helvetischen Republik, der Mediation, der Restauration und der Regeneration gegeben. In diesem Zuge lässt sich auch die gesamtschweizerische Entwicklung aufzeigen.

Aufgrund der dargelegten äusserst verschiedenen Staatsverständnisse, insbesondere bezüglich der Gewaltenteilung, ist die chronologische Aufteilung der Analyse in die vier Zeitabschnitte Helvetik, Mediationszeit, Restauration und Regeneration gleichsam der inhaltliche Faden, anhand dessen die kantonale Gerichtsorganisation aufgefädelt wird. Die Helvetische Republik war nach dem Vorbild Frankreichs als Zentralstaat konzipiert, der die Kantone zu reinen Verwaltungseinheiten degradierte und ihnen eine zentral konzipierte Gerichtsorganisation vorgab.¹² Die Zeitabschnitte der Mediation, der Restauration und der Regeneration werden kantonsspezifisch abgehandelt. Typisch für die Mediationszeit sind dabei die Dezentralisierung und die Wiederherstellung altrechtlicher Verhältnisse in den alten Kantonen sowie die Neugründung der Kantone Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, St. Gallen und Graubünden. Ab 1815 fixieren sich die altrechtlichen Verhältnisse im Zuge der Restauration und drängen liberale Neuerungen zurück. Schliesslich gelingt diesen Ideen in der Regeneration anfangs der 1830er-Jahre aber der Durchbruch und es setzen sich in den meisten Kantonen liberal-rechtstaatliche Anschauungen durch. 1848 finden sich die Kantone nach dem Sonderbundkrieg zur modernen Schweiz zusammen und schaffen u.a. das Schweizerische Bundesgericht, welches analog dem Bundesstaat allerdings vorerst über geringe Kompetenzen verfügt.

¹¹ Teile der heutigen Kantone St. Gallen, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden bestanden von 1798 bis 1801 als Kanton Säntis. Die südlichen Teile des Kantons St. Gallen sowie der grösste Teil des heutigen Kanton Glarus bestanden als Kanton Linth. Mit der Mediationsakte wurden die Kantone Glarus und Appenzell wieder hergestellt sowie der das Restgebiet der ursprünglichen Kantone Säntis und Linth umfassende Kanton St. Gallen neu geschaffen (vgl. M. Kaiser, *Es werde St. Gallen! Revolution, Helvetik, Mediation und Kantonsgründung 1798-1803*. St. Gallen 2003). Die gerichtliche Organisation dieser Gebiete wird in der vorliegenden Betrachtung dem heutigen Kanton St. Gallen zugerechnet.

¹² H. Fritsche, *Begründung und Ausbau der neuzeitlichen Rechtspflege des Kantons Zürich*, Zürich 1931, 19ff.

II. DIE GERICHTSORGANISATION WÄHREND DER HELVETIK (1798-1803)

Die helvetische Verfassung sah nach französischem Vorbild drei Gerichtsinstanzen vor, deren Zuständigkeit teils seriell gestaffelt, teils nach Wichtigkeit des Rechtsfalles geregelt war. Die Ausübung der richterlichen Gewalt stand einem obersten Gerichtshof zu.¹³ Auf Kantonsebene war ein Kantonsgericht¹⁴ sowie jeweils pro Distrikt ein Distriktgerichtshof als eine Art Bezirksgericht vorgesehen.¹⁵ Die Distriktgerichte waren in Zivil- und Polzeisachen erstinstanzlich zuständig,¹⁶ die Kantonsgerichte in Hauptkriminalsachen, d.h. Fällen unter Strafandrohung der Todesstrafe sowie Gefängnis oder der Landesverweisung von mindestens 10 Jahren,¹⁷ weiter letztinstanzlich in allen Kriminalprozessen und in Zivil- und Polzeisachen, welche vor dem Distriktgericht behandelt worden waren.¹⁸ Der oberste Gerichtshof war zweite und letzte Instanz in Hauptkriminalfällen,¹⁹ hatte die Verantwortlichkeitsklagen gegen Mitglieder der Räte und des Vollziehungsdirektoriums zu behandeln,²⁰ und ihm oblag die Funktion des Kassationsgerichtshofes für Zivilsachen.²¹

Als historisches Relikt und Einbruch in die zentrale Justizorganisation blieben in vielen Kantonen Ehegerichte für Matrimonialsachen als Spezialgerichte bestehen. Im Kanton Zürich setzte sich dieses, formal nur auf Beschluss des Kantonsgerichts gegründet, aus fünf Mitgliedern desselben zusammen, wobei zwei geistliche Vertreter als Beisitzer zugelassen waren²² und in Fällen der Ehescheidung eine vorgängige gütliche Beilegung durch Seelsorger, Stillstände oder Munizipalitäten vorgesehen war.²³ Dieser Ausschuss der Kantonsgerichte als Ehegericht wurde 1802 von einer provisorischen Notregierung widerrufen und erneut ein echtes Ehegericht eingesetzt, in welchem zwei Geistliche als Richter Einsitz nahmen.²⁴ Dieses amtierte allerdings nur wenige Monate bis zur Neuordnung aller Gerichte in der Schweiz mit der Mediationsakte aus dem Jahr 1803. In Basel hingegen wurden Ehestreitigkeiten erstinstanzlich vom Distriktgericht und letztinstanzlich vom Kantonsgericht beurteilt.²⁵ Die Ehegerichte verstanden sich dergestalt als Ausschuss der ordentlichen Gerichte und können nicht als reine Spezialgerichte verstanden werden. Es gibt allerdings auch Kantone mit echten Ehegerichten, etwa der Kanton Ap-

¹³ Art. 97 Verfassung der helvetischen Republik vom 12. April 1798 (VHR/1798).

¹⁴ Art. 86 VHR/1798.

¹⁵ Art. 102 VHR/1798.

¹⁶ Art. 102 VHR/1798.

¹⁷ Usteri, 112 (Fn. 6).

¹⁸ Art. 97 VHR/1798.

¹⁹ Art. 88 VHR/1798.

²⁰ Art. 87 VHR/1798.

²¹ Art. 89 VHR/1798.

²² Usteri, 116 (Fn. 6).

²³ Ders., 116f.

²⁴ Ders., 50 f.

²⁵ Ders., 117.

penzell Ausserrhoden.²⁶ Neben den ordentlichen Gerichten traten in bescheidener Form auch Schiedsgerichte in Funktion, namentlich in zwei Fallkonstellationen: Zum einen, wenn ein ordentliches Gericht wegen Befangenheit und dem dadurch verursachten Ausstand zu vieler Richter nicht mehr beschlussfähig war.²⁷ Andererseits, wenn der oberste Gerichtshof einen Fall zum zweiten Mal kassiert hatte. In diesen freilich seltenen Fällen²⁸ sah das Gesetz ab 1800 ein schiedsgerichtliches Tribunal vor, welches endgültig entschied.²⁹

Diese mehr oder minder homogene Gerichtsorganisation beanspruchte nur für knapp drei Jahre Geltung. So war die Gerichtsorganisation ab 1801 bis 1803 von nicht weniger als vier neuen Verfassungen für die Helvetische Republik innerhalb von zwei Jahren betroffen, was die Gerichte und ihre Organisation regelmässig chaotisch und funktionsunfähig erscheinen liess.³⁰ Nach unübersichtlichen und – bedingt durch die Flucht, Kündigung oder den Militärdienst vieler Beamten und Richter – teilweise provisorischen Gerichten im Jahr 1799, als die Schweiz Kriegsschauplatz der europäischen Mächte im zweiten Koalitionskrieg wurde, setzte sich diese Organisation langsam und nur für kurze Zeit fest.³¹ Die politischen Unruhen innerhalb der Schweiz gegen den Zentralstaat, die finanzielle Misere desselben und die angespannte europäische Politik verhinderten jedoch massgeblich eine Etablierung der neuen Ordnung. Vor allem von den politischen Unruhen waren die Gerichte massgeblich betroffen.³² Bern und Thun vereinigten etwa gesetz- und verfassungswidrig ihre Kantonsgerichte³³ und der oberste Gerichtshof der Helvetischen Republik setzte seine Beratung vom 19. September bis am 28. Oktober 1802 aus, um politisch ruhigere Zeiten abzuwarten³⁴, diese Verweigerungspolitik verfolgten auch diverse Distrikts- und Kantonsgerichte.³⁵ Dieses teils mutige, teils zögerlich abwartende Verhalten passt zur Zeit der Helvetik, die Fritsche treffend als „Periode der Versuche, Pläne und Entwürfe“ bezeichnet. Er hält fest, dass sich „kaum eine nennenswerte in Gerichtsorganisation und Rechtsgang eingeführte Reform unverändert und dauerhaft durchgesetzt“³⁶ hat.

Die zentrale gerichtliche Organisation hatte also nur äusserst kurz Bestand und war in den Kantonen geprägt von Unterbrüchen, Einsetzungsproblemen und Wirren im politischen Umfeld.³⁷ Die verfassungsmässige Gerichtsorganisation kann daher mitnichten als

²⁶ Vgl. 7 Kanton Appenzell Ausserrhoden.

²⁷ Vgl. ausführlich Usteri, 66ff. (Fn. 6).

²⁸ Vgl. für einen beispielhaften Fall das Distriktsgericht Bassersdorf, Archiv der Kirchgemeinde Bassersdorf (2. Juli 1798 bis 20. Dezember 1800), 137.

²⁹ Usteri, 114 (Fn. 6).

³⁰ Ders., 48ff.

³¹ Vgl. Ders., 27ff.

³² Ders., 56.

³³ J. Strickler, Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik 1798-1803 (Bd. 8), Zürich 1966, 1425.

³⁴ Ders. (Bd. 9), 381.

³⁵ Vgl. Usteri (Fn. 6).

³⁶ Fritsche, 20 (Fn. 12).

³⁷ Vgl. zur schwierigen Startphase der zürcherischen Gerichte Usteri, 17ff. (Fn. 6), welcher beschreibt, wie

konstante, real existierende und funktionierende Ordnung verstanden werden. Immerhin bedeutete die klare Struktur der richterlichen Behörden erstmals eine Vereinheitlichung auf dem ganzen Gebiet der Schweiz, was als wesentlicher Fortschritt gewertet werden kann. Die zahlreichen staatlichen und semistaatlichen Gerichte wurden in eine konforme, einfache Struktur staatlicher Gerichte gebracht, was treffend als Wandel der patrimonialen hin zur rechtsstaatlichen Rechtspflege zu verstehen ist.³⁸ Als wesentliche Neuerung ist festzuhalten, dass in der Helvetik erstmals ein klarer und verbindlicher Instanzenzug installiert und altrechtliche Appellations- und Evokationsrechte abgeschafft wurden. Konnten in früheren Zeiten Prozesse von Räten und oberen Gerichten an sich gezogen werden, war es den Parteien bisweilen möglich andere als die territorial zuständigen Gerichte anzurufen und hatten untere Gerichte die Pflicht, zu schwierige Rechtsfälle an die obere Instanz zu weisen, war dies seit der Helvetik nicht mehr möglich.³⁹

III. DIE VERHÄLTNISSE WÄHREND DER MEDIATION (1803-1815)

Bezeichnend für die Mediationsepoche, welche ihren Namen von den Vermittlungen Napoleons in der Schweiz 1803 bezieht, ist die Rückkehr zu vorrevolutionären Verhältnissen auch in der Gerichtsorganisation. Die Kantone sind nun wieder verbündete souveräne Staaten. Nur die 1803 neu geschaffenen Kantone orientieren sich in ihren Verfassungen jedenfalls partiell noch am Ideal des aufgeklärten Naturrechts, das der französischen Revolution zugrunde lag. Die alten Bergkantone griffen meist vorbehaltlos auf überkommene Rechte zurück, die aristokratischen sowie die zünftigen Stadtkantone verhielten sich ähnlich. Einzig die Selbständigkeit der Justiz im Sinne der Gewaltenteilung wurde jedenfalls im Ansatz beibehalten.⁴⁰ In den Städten wurden diverse alte Sondergerichte wieder eingesetzt, so etwa die Ehegerichte u. a. in Basel und Schaffhausen, das Chorgericht in Bern, die Gescheide für Grenzstreitigkeiten in Basel, Waisengerichte, Holzbussengerichte, Fallgerichte in diversen Kantonen, das Consistorium als Universitätsgericht in Basel, das Hofgericht des kaufmännischen Direktoriums in Schaffhausen sowie andere. Als nachhaltiger, von der helvetischen Verfassung übernommener Fortschritt darf die Beibehaltung der Appellationsgerichte in den meisten Kantonen gesehen werden.⁴¹

das Kantonsgericht in einem Urteil vom 18. Mai 1798 einer Partei die Anweisung erteilt, sich an das zu wählende Distriktgericht zu wenden, nur um in einem andern Fall sechs Tage später zu entscheiden, dass ein Streitfall nicht an ein noch nicht existierendes Gericht verwiesen werden kann.

³⁸ Fritsche, 9 (Fn. 12).

³⁹ Usteri, 102 (Fn. 6). Das Distriktgericht Memmenstetten etwa verwies die Parteien in einem komplexen Fall an das Kantonsgericht Zürich, worauf diese das Distriktgericht rügte und es dahingehend belehrte, dass qua Verfassung das Distriktgericht ein erstinstanzliches Urteil fällen muss, welches die Parteien dann ans Kantonsgericht weiterziehen konnten (Ders., 102).

⁴⁰ E. His, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrecht. Die Zeit der Helvetik und der Vermittlungsakte 1798 bis 1813 (Bd. I), Basel 1920, 314.

⁴¹ Ders., 315.

Das oberste Zentralgericht der Helvetik wurde allerdings ersatzlos gestrichen. Für Streitigkeiten unter den Kantonen schuf man ein eidgenössisches Syndikat, welches zum Einsatz kam, wenn die Tagsatzung als Gremium der Abgeordneten der einzelnen Kantone einen Streit nicht zu schlichten vermochte. Dieses Syndikat wurde als Schiedsgericht ad hoc eingesetzt. Es hatte nur Streitigkeiten zwischen den Kantonen zu beurteilen, war mithin kein oberstes Berufungsgericht.⁴²

Innovativ waren dagegen die in einigen neuen Kantonen 1803 geschaffenen Verwaltungsgerichte. Es liegt auf der Hand, dass der gerichtlich durchsetzbare Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der Staatsverwaltung im Ancien Régime gänzlich unbekannt war. Bemerkenswerterweise finden sich auch in den Akten zur Helvetik keine Hinweise auf eine eigentliche Verwaltungsgerichtsbarkeit. Erst in der Mediationszeit erfolgte die Rezeption dieser neuen französischen Einrichtung. Bereits 1790 unterstellte das Gesetz in Frankreich die Beschwerden der Bürger gegen die Verwaltung dem Entscheid der Distrikts- und Departementsdirektorien. Die französische Verfassung von 1799 sah als oberste Entscheidungsinstanz in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten den von den drei Konsuln angeleitete Staatsrat vor,⁴³ und im Jahr 1800 wurden die Präfekturräte der Departements zuständig für die Entscheidung von Verwaltungsstreitigkeiten.⁴⁴ Die Verfassungen der Städtekantone bestimmten in der Mediationsakte, der Kleine Rat, also die Regierung, entscheide letztinstanzlich über alle Streitigkeiten in Verwaltungssachen. Mit dieser Regelung, die darauf hinauslief, dass die oberste Verwaltungsbehörde über Beschwerden gegen ihr direkt unterstellte Organe entschied, wollten sich die Kantone Aargau, St. Gallen, Tessin, Thurgau und Waadt nicht begnügen. Sie schufen durch ihre Verfassungen 1803 für die Erledigung solcher Streitigkeiten eigene Administrationsgerichte, die von der bürgerlichen und strafrechtlichen Gerichtsbarkeit getrennt waren und ausserhalb der Verwaltung standen. Personell setzten sie sich zusammen aus mehreren Vertretern des Appellationsgerichts sowie aus einem Mitglied des Kleinen Rats. Die Zuständigkeit dieser Verwaltungsgerichte erstreckte sich insbesondere auf Streitigkeiten von Privaten mit Behörden betreffend Nutzungsrechte, Gemeindeweiden, Strassenbau, Gemeindegüter, Steuern, Einquartierungen von Militärpersonen etc. Ausgeschlossen waren Streitigkeiten, für die ein Zivilgericht angerufen werden konnte. In erster Instanz war jedoch meist das Bezirksgericht zuständig. Das Verwaltungsgericht diente in diesen Kantonen als Rekursinstanz. In anderen Kantonen hing die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts als Erst- bzw. Rekursgericht vom Streitwert ab.⁴⁵ Von den alten Kantonen schuf nur Solothurn ein Verwaltungsgericht. Dieses war als Rechtsmittelinstanz gegen Entscheidungen des Oberamtmanns, eines lokalen Exekutivbeamten, zuständig. Der Rekursentscheid des Verwaltungsgerichts konnte wiederum beim Kleinen Rat, der Kantonsregierung, angefochten werden.⁴⁶ Nach 1810 wird die Verwaltungsgerichtsbar-

⁴² Ders., 316f.

⁴³ Art. 52 Verfassung der Französischen Republik vom 13. Dezember 1799 (VFR/1799).

⁴⁴ Vgl. ausführlich F. Burdeau, *Histoire de l'administration française*, Paris 1989, 81ff.

⁴⁵ His I, 318f. (Fn. 40).

⁴⁶ Ders., 320.

keit nach und nach aufgehoben. Dem erstarkenden restaurativen Zeitgeist entsprechend schwindet bei den Regierungen die Akzeptanz für Einrichtungen, welche den Rechtsschutz der Bürger, die zunehmend wieder als Untertanen betrachtet werden, bezwecken. Nach 1814 kennen nur noch die Waadt sowie neu Genf eine jedenfalls teilweise von der Exekutive losgelöste, rudimentäre Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁴⁷

1. Kanton Zürich

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

In der Mediationszeit sah der Instanzenzug im Kanton Zürich für Zivilverfahren grundsätzlich vier, für das Strafverfahren drei Instanzen vor: Den Friedensrichter,⁴⁸ das Zunftgericht,⁴⁹ das Bezirksgericht⁵⁰ sowie schliesslich das aus Grossräten gebildete Obergericht, das sogenannte Appellationsgericht.⁵¹ Dabei gab es pro Kirchgemeinde ordentlicher Weise einen Friedensrichter, für das Stadtgebiet einer pro Sektion,⁵² wobei die Friedensrichter gemäss Art. 4 GFZ Zürich/1803 für zwei Jahre und aus der Mitte der kommunalen Exekutive oder wenigstens aus den zünftigen Bürgern gewählt wurden.⁵³ Es galt dabei, wie in heutigen interkantonalen oder internationalen zuständigkeitsrechtlichen Fragen, bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts das Prinzip des Beklagtenwohnsitzes mit der Ausnahme der Klagemöglichkeit am Ort der gelegenen Sache.⁵⁴

Konnte keine gütliche Einigung gefunden werden, mussten die Parteien streithalber vor dem Zunftgericht vorstellig werden. Jeder Landkreis hatte ein eigenes Zunftgericht. Im Stadtgebiet war das Bezirksgericht zuständig.⁵⁵ Die Zunfttrichter wurden direkt vom Kleinen Rat auf drei Jahren gewählt und waren wiederwählbar.⁵⁶ Das gemäss Art. B/1 GFZ Zürich/1803 fünfköpfige Zunftgericht entschied sämtliche Zivilstreitigkeiten bis zu einem Streitwert von 64 Schweizer Franken in erster Instanz und strafrechtliche Angelegenheiten bis zu einer Strafandrohung von acht Schweizer Franken oder zweitägiger Haft.⁵⁷

Bei den Streitwert oder die Strafandrohung überschreitenden Fällen sowie im Stadtgebiet mangels Zunftgericht, war das Bezirksgericht erstinstanzlich zuständig,⁵⁸ ebenso und

⁴⁷ Ders., 320.

⁴⁸ Art. A/1 Gesetz betreffend die Organisation der Friedensrichter und Zunftgerichte vom 3. Juni 1803 (GFZ Zürich/1803).

⁴⁹ Art. B/1 i.V.m. Art. B/6 GFZ Zürich/1803.

⁵⁰ Art. A/1 Gesetz betreffend die Organisation der Bezirksgerichte des Kantons Zürich vom 25. Mai 1803 (GB Zürich/1803).

⁵¹ Art. 8 Verfassung des Kantons Zürich gemäss dem XIX. Kapitel der Mediationsakte von 19. Februar 1803 (KV Zürich/1803).

⁵² Art. A/1 i.V.m. Art. A/2 GFZ Zürich/1803.

⁵³ Art. A/3 GFZ Zürich/1803.

⁵⁴ Art. A/8 i.V.m. Art. A/9 GFZ Zürich/1803.

⁵⁵ Art. B/1 GFZ Zürich/1803.

⁵⁶ Art. B/2 i.V.m. Art. B/3 GFZ Zürich/1803.

⁵⁷ Art. B/6 i.V.m. Art. B/9 GFZ Zürich/1803.

⁵⁸ Art. B/10 GFZ Zürich/1803.

gar als einzige gerichtliche Instanz in Straffällen, welche keine entehrende oder eine Leibesstrafe nach sich ziehen konnten sowie in Prozessen mit Androhung einer Busse von 9 bis 24 Schweizer Franken oder einer Gefängnisstrafe von 3 bis 6 Tagen. Zweitinstanzlich waren grundsätzlich die fünf Bezirksgerichte für alle anderen Zivil- und Straffälle zuständig, wobei Zivilgerichtsfälle bis 64 Schweizer Franken letztinstanzlich entschieden wurden.⁵⁹ Die Bezirksgerichte setzten sich aus sieben Richtern zusammen, die wiederum der Kleine Rat direkt für drei Jahre wählte.⁶⁰

Sämtliche zivil- und strafrechtlichen Fälle, soweit nicht im Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen, wurden schliesslich letztinstanzlich durch das Appellationsgericht entschieden. In denjenigen Fällen, welche die Streitwertgrenzen der unteren Gerichte überschritt, bildete das Appellationsgericht die einzige Instanz. Es setzte sich aus 13 Grossräten zusammen und wurde von inaktiven Bürgermeister präsiert,⁶¹ welcher gleichzeitig Mitglied des Kleinen und des Grossen Rats war.⁶² Bei Verbrechen, welche die Todesstrafe nach sich ziehen konnten, wurde das Obergericht durch vier per Los bestimmte Mitglieder des Kleinen Rats zu einem Kriminalgericht erweitert. Das entschied als einzige Instanz.⁶³ In der Person des Gerichtspräsidenten des Obergerichtes und bei vier der 16 sonstigen Oberrichter vereinigte sich die gesetzgebende, die gesetzsvollziehende und die richterliche Gewalt im Falle eines schweren Verbrechens also per Verfassung. Bei den übrigen zwölf Oberrichtern betraf die Personalunion „nur“ die gesetzgebende und die richterliche Gewalt.

Administrative resp. verwaltungsrechtliche Streitigkeiten wurden erstinstanzlich von der verwaltungsinternen Kommission des Innern⁶⁴ und letztinstanzlich vom Kleinen Rat entschieden.⁶⁵ Dabei nahm die Kommission des Innern eine vermittelnde Funktion ein und entschied nur im Notfall als erstinstanzliche gerichtsähnliche Behörde, womit sie im Vergleich zur Zivil- und Strafrechtspflege die Funktionen des Friedensrichters und der unteren richtenden Gewalt in sich vereinte. Weiterziehen konnte man ein Urteil an den Kleinen Rat, wobei vom Streitfall betroffene Mitglieder des Kleinen Rats in den Ausstand treten mussten.⁶⁶ Eheliche Streitfälle schliesslich wurden als besondere Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich von einem Matriomonalgericht behandelt, das sich aus drei Oberrichtern, einem Suppleanten und zwei Geistlichen zusammensetzte.⁶⁷ Die Entscheidung konnten wiederum ans Obergericht weitergezogen werden.⁶⁸

⁵⁹ Art. 8 GB Zürich/1803.

⁶⁰ Art. 4 GB Zürich/1803.

⁶¹ Art. 8 KV Zürich/1803.

⁶² Art. 7 KV Zürich/1803.

⁶³ Art. 8 KV Zürich/1803.

⁶⁴ Gesetz betreffend die administrativen Streitigkeiten vom 27. Mai 1803 (GA Zürich/1803).

⁶⁵ Art. 6 KVZ/1803 i.V.m. GA Zürich /1803.

⁶⁶ GA Zürich /1803.

⁶⁷ Art. 5 OR Zürich/1803.

⁶⁸ Art. 6 OR Zürich/1803.

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Von Interesse sind neben den gerichtsorganisatorischen Aspekten und dem Instanzenzug insbesondere Ausstandsregelungen und Wahlvoraussetzungen der Richter. Diese sollen v.a. für das Obergericht dezidiert betrachtet werden. Für sämtliche Richter galten dieselben Ausstandsregeln. Bei einer Verwandtschaft ersten oder zweiten Grades resp. in Kriminalfällen mit möglicher Todesstrafolge bis dritten Grades hatte der Richter in den Ausstand zu treten.⁶⁹ Ebenso, wenn ein Mitglied des Bezirks-, Appellations- oder Kriminalgerichtes über den gleichen Fall schon als Richter in unterer Instanz befunden hatte.⁷⁰ Die Wahlvoraussetzungen für Richter des Appellationsgerichts gestalteten sich folgendermassen: Da sämtliche Obrichter dem Grossen Rat angehören mussten und für die Mitgliedschaft im Kleinen Rat keine über die Wählbarkeitsvoraussetzungen für den Grossen Rat hinausgehende Vorschriften existierten, waren die Wahlvoraussetzungen für den Grossen Rat gleichzeitig auch die Wahlvoraussetzungen für die richterlichen Behörden auf Kantonsebene (Art. 17 KV Zürich/1803). Dabei gab es zwei Möglichkeiten, um auf die Wahlliste zu gelangen, welche sich aus dem Wahlverfahren für den Grossen Rat ableiten.⁷¹ Für den Grossen Rat wurde ein Mitglied pro Zunft,⁷² insgesamt 65, direkt durch die Zünfte gewählt. Direkt gewählte Mitglieder profitierten dabei von privilegierten Wahlvoraussetzungen, da sie nur 25 Jahre alt und Bürger sein sowie über ein Vermögen⁷³ von 500 Schweizer Franken verfügen mussten. Die verbleibenden 130 Mandate wurden in einem separaten Verfahren und unter Einbezug von Losen indirekt bestimmt. Dabei wählte jeder Bezirk vier Kandidaten, was 260 Wahlfähige hervorbrachte. Von diesen wurde jeder zweite mittels Los in den Grossen Rat gewählt. In diesem Verfahren indirekt gewählte Mitglieder des Grossen Rates hatten über ein Vermögen von mindestens 20'000 Schweizer Franken zu verfügen, mussten 30 Jahre alt sowie Bürger einer Gemeinde des Kantons sein. Die vermögensbezogenen Voraussetzungen erklären sich, neben der naheliegenden Absicht der Unbestechlichkeit der Vertreter, mit dem Umstand, dass die Mandate grundsätzlich unentgeltlich geführt wurden. Die Zunft konnte für die direkt gewählten Vertreter allerdings ein Entgelt vorsehen, was die geringere Vermögensvoraussetzung dieser Mitglieder des Grossen Rates erklärt.⁷⁴

⁶⁹ Art. 1 i.V.m. Art. 2 Ausstandsreglement für den Kleinen Rat und die sämtlichen Gerichtsstellen des Kantons Zürich vom 27. Mai 1803 (AR Zürich/1803).

⁷⁰ Art. 3 AR Zürich/1803.

⁷¹ Art. 4 i.V.m. Art. 13 KV Zürich/1803.

⁷² Der Kanton Zürich ist gemäss Art. 1 i.V.m. Art. 2 KV Zürich/1803 in fünf Bezirke und 65 Zünfte eingeteilt. Die Zunft entspricht in der Organisationsform damit der modernen politischen Gemeinde.

⁷³ Das Vermögen mass dabei gemäss Art. 17 KV/1803 in der Form von Grundstücken oder pfandgesicherten Schuldschriften bestehen.

⁷⁴ Art. 12 KV Zürich/1803.

2. Kanton Luzern

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

Organisatorisch war die Gerichtsbarkeit im Kanton Luzern in fünf Ämter und 33 Gemeindegerichtskreise gegliedert.⁷⁵ Ein Gemeindegerichtskreis hatte mindestens 2'000 Einwohner zu umfassen und konnte daher mehrere Gemeinden einschliessen.⁷⁶ Jeder Gemeindegerichtskreis hatte ein Gemeindegericht, bestehend aus normalerweise fünf Richtern und einem Präsidenten, wobei aus «womöglich jeder ansehnlichen Ortschaft» des Gerichtskreises ein Richter gewählt werden sollte.⁷⁷ In grösseren Gemeinden konnte die Richterzahl auf sechs, sieben oder mit Genehmigung des Kleinen Rats auf noch mehr Richter erhöht werden.⁷⁸ Die Gemeindegerichte wurden direkt durch das Volk für vier Jahre bei zulässiger Wiederwahl gewählt.⁷⁹ Sie hatten eine friedensrichterliche Funktion auszuüben, bevor sie auf eine Rechtssache eintraten.⁸⁰ Erst- und letztinstanzlich urteilten sie in Zivilstreitigkeiten bis zu einem Streitwert von 32 Schweizer Franken, sofern vom Streit nicht die Ehre, ein ewiges Recht oder eine Beschwerde betroffen war.⁸¹ In Strafrechtsprozessen umfasste die inappellable Kompetenz der Gemeindegerichte kleinere Polizeidelikte bis zu einer Bussandrohung von sechs Schweizer Franken oder einer geringfügigen Leibesstrafe.⁸² Fälle, in denen höhere Strafen ausgesprochen wurden, konnten an das Amtsgericht weitergezogen werden.⁸³ Überdies amtierte das Gemeindegericht als eine Art Gewerbepolizei.⁸⁴

Die fünf Amtsgerichte als zweite gerichtliche Instanz setzten sich aus sechs Richtern und einem Präsidenten zusammen.⁸⁵ Letzterer war auch Amman und Aufsichtsbehörde der Gemeindegerichte,⁸⁶ wobei er selber der Aufsichtsbeschwerde an den Kleinen Rat unterlag und von diesem sogar abgesetzt werden konnte.⁸⁷ Der Kleine Rat war Wahlbehörde der Richter und des Präsidenten⁸⁸ und wählte diese für jeweils sechs Jahre, Wiederwahl war möglich.⁸⁹ Die Kompetenz des Amtsgerichts beschlug Zivilrechtsfragen bis zu einem Streitwert von 200 Schweizer Franken endgültig, sofern nicht die Ehre, ein

⁷⁵ H. Bossard-Borner, Im Bann der Revolution. Der Kanton Luzern 1798-1830/50, (= Luzerner historische Veröffentlichungen, Bd. 34), Luzern/Stuttgart 1998, 163ff; Art. 3 i.V.m. Art. 6 Gesetz über die Organische Einteilung des Kantons Luzern vom 13. April 1804 (OG Luzern/1804).

⁷⁶ Art. 2 OG Luzern/1804.

⁷⁷ Art. 9 OG Luzern/1804.

⁷⁸ Art. 10 OG Luzern/1804.

⁷⁹ Art. 140 i.V.m. Art. 143 OG Luzern/1804.

⁸⁰ Art. 40 OG Luzern/1804.

⁸¹ Art. 46 OG Luzern/1804.

⁸² Art. 61 OG Luzern/1804.

⁸³ Art. 64 OG Luzern/1804.

⁸⁴ Art. 66 OG Luzern/1804.

⁸⁵ Art. 11 OG Luzern/1804.

⁸⁶ Art. 13ff. OG Luzern/1804.

⁸⁷ Art. 23 i.V.m. Art. 146 OG Luzern/1804.

⁸⁸ Art. 6 KV Luzern/1803 i.V.m. 145 OG Luzern/1804.

⁸⁹ Art. 147 OG Luzern/1804.

ewiges Recht oder eine Beschwerde betroffen war.⁹⁰ In polizeirechtlichen Angelegenheiten urteilte das Amtsgericht endgültig bis auf eine Busse von 32 Schweizer Franken resp. eine angemessene Leibesbestrafung.⁹¹ Ausserdem fungierten die Amtsgerichte neben ihrer Tätigkeit als Beschwerdeinstanz als beschränkte Revisionsinstanzen, was im interkantonalen Vergleich aussergewöhnlich ist.⁹²

Die für den Kanton Luzern im 8. Kapitel der Mediationsakte festgelegte Verfassung (KV Luzern/1803) sah in Art. 8 schliesslich die Schaffung eines kantonalen Appellationsgerichts als Oberinstanz in allen Zivil- und Kriminalsachen vor. Es bestand aus 13 Richtern aus der Mitte des Grossen Rates. Diese wurden für sechs Jahre gewählt und waren wiederwählbar.⁹³ In Malefizangelegenheiten sollte das Gericht um vier mittels Los bestimmte Mitglieder des Kleinen Rats ergänzt werden. Der Kanton verfügte also über ein echtes Obergericht. Es entschied in allen Streitsachen, welche die Kompetenzen der Amtsgerichte überschritt und als Beschwerdeinstanz.⁹⁴ Zudem amtete es in bestimmten Fällen als Revisionsinstanz.⁹⁵

Die Verwaltungsrechtspflege war im Kanton Luzern schon nach 1803 relativ gut ausgebaut, obgleich kein Verwaltungsgericht als Sondergericht existierte. Die Gemeindegerichte urteilten erstinstanzlich über Verteilung und Benutzung der Gemeindegüter, Steuern, Anlagen, Strassenunterhalt, Heimatscheine, Vogtwesen etc.⁹⁶ und unterlagen der Appellation an den Kleinen Rat.⁹⁷ In verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten zwischen Bürgern und einer Gemeinde wurde der Kleine Rat als Entscheidungsbehörde bestimmt.⁹⁸ Mit dem Zuweisungsgesetz aus dem Jahr 1808 wird allerdings klar, dass weitreichende Kompetenzen in Fragen des Sachenrechts, der persönlichen Rechte und der Personenrechte auch bei Involvierung des Staates bei den Zivilgerichten verblieb.⁹⁹

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Anzuführen ist die Unzuständigkeit des Gemeindegerichts in Verwaltungsangelegenheiten, wenn die Unparteilichkeit des Gerichts fraglich erschien. In einer solchen Situation wurde der Fall an ein benachbartes Gemeindegericht verwiesen.¹⁰⁰ Das Amt des Gerichtspräsidenten war überdies nicht mit dem Amt des „Bothenwaibels“ vereinbar.¹⁰¹ Für

⁹⁰ Art. 70 OG Luzern/1804.

⁹¹ Art. 71 OG Luzern/1804.

⁹² Art. 74 OG Luzern/1804.

⁹³ Art. 8 KV Luzern/1803 i.V.m. Art. 148 OG Luzern/1804.

⁹⁴ Art. 82 OG Luzern/1804.

⁹⁵ Art. 86 OG Luzern/1804.

⁹⁶ Art. 50 OG Luzern/1804.

⁹⁷ Art. 52 i.V.m. Art. 64 OG Luzern/1804.

⁹⁸ Art. 37 OG Luzern/1804; Art. 3 Gesetz über die Gegenstände, welche vom Zivilrichter gehören, von denjenigen ausscheidend, die der Beurteilung des Kleinen Rats zu unterliegen haben vom 14. Brachmonat 1808 (ZG Lu-zern/1808).

⁹⁹ Art. 2 ZG Luzern/1808

¹⁰⁰ Art. 51 OG Luzern/1804.

¹⁰¹ Art. 68 OG Luzern/1804.

vor dem Obergericht verhandelte schwere Kriminalfälle galten gemäss Art. 104 OG Luzern/1804 folgende Ausständergründe: Verwandtschaft der Richter mit den Parteien bis zum dritten Grad, finanzielle Macht eines Richters über eine Partei resp. einer Partei über einen Richter oder in Fällen persönlicher Feindschaft zwischen Richter und Partei wegen früherer oder nicht zur Anklage gekommener Streitfälle. Betreffend Unvereinbarkeit sieht das Gesetz für sämtliche Richter vor, dass diese nicht zugleich Prokuratoren (Ankläger) sein konnten.¹⁰² In den kantonalen Gerichten durften überdies weder Vater und Sohn, noch Brüder, Schwäger, Schwiegervater oder Schwiegersohn gleichzeitig sitzen.¹⁰³ In jedes richterliche Amt war nur wählbar, wer Wohnsitz im Kanton hatte, nicht straffällig geworden und nicht bevormundet war sowie Hausvater resp. Hausvaterstellvertreter war, das 25. Lebensjahr zurückgelegt hatte, lesen, rechnen und schreiben konnte und über ein Vermögen von wenigstens 2'000 Schweizer Franken verfügte.¹⁰⁴

3. Kanton Graubünden

Die Gerichtsorganisation im Kanton Graubünden ist das Ergebnis eines vielfältigen rechtskulturellen Verschmelzungsprozesses, da der 1803 gegründete Kanton historisch aus drei alten Bünden, mit unterschiedlichen sprachlichen, rechtlichen und konfessionellen Traditionen zusammengewachsen ist: dem Oberen Bund, dem Gotteshausbund und dem Zehngerichtebund.¹⁰⁵ Diese historische Dreiteilung widerspiegelt sich auch in der Gerichtsorganisation des Kantons.¹⁰⁶

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

Die Gerichtsorganisation im Kanton Graubünden formierte sich nach dem helvetischen Intermezzo wieder ähnlich wie in alten Zeiten, indem verschiedene ehemalige Gerichte ihre Tätigkeit wieder aufnahmen. In Art. 8 KV Graubünden/1803 wird ausdrücklich festgehalten, dass die "vormalige Gerichtsverfassung in den Bünden hergestellt bleibt", weiter ist für jeden Bund ein Appellationsgericht oder ein einziges Kantonsgericht zulässig. Der Obere Bund entschied sich als einziger – ohne die von der Verfassung geforderte gesetzliche Grundlage und gegen den ausdrücklichen Beschluss der Bündner Regierungskommission –¹⁰⁷ für ein Oberbundesgericht, das über die Hochgerichte und Gerichte gesetzt war und der Appellation ans Kantonsoberappellationsgericht unterlag. Dieses Oberbundesgericht hatte vor der Helvetik seit 1395 getagt und eine weitreichende Rechtspflege in Zivil- und Staatsrecht entfaltet.¹⁰⁸ Der Instanzenzug zeigte sich für den Oberen Bund also vierstufig, für den Gotteshaus- und den Zehngerichtsbund dreistufig.

¹⁰² Art. 120 OG Luzern/1804.

¹⁰³ Art. 121 OG Luzern/1804.

¹⁰⁴ Art. 135 i.V.m. Art. 137 OG Luzern/1804.

¹⁰⁵ Vgl. zur alten Landeseinteilung F. Pieth, Bündnergeschichte, Chur 1945.

¹⁰⁶ Art. 1 Verfassung des Kantons Graubünden gemäss dem VII. Kapitel der Mediationsakte von 19. Februar 1803 (KV Graubünden/1803).

¹⁰⁷ J. R. Schwarz, Die Gerichtsorganisation des Kantons Graubünden von 1803 bis zur Gegenwart, Chur 1947, 19.

¹⁰⁸ Ders., 15, 18.

fig.¹⁰⁹ Das Oberbundesgericht des Oberen Bundes setzte sich neben dem Präsidenten und dem Vizepräsidenten aus 16 resp. nach 1808 aus acht Richtern zusammen, welche sich aus den Richtern der acht Hochgerichte des Oberen Bundes rekrutierten, indem jedes Hochgericht zwei resp. seit 1808 einen Richter entsandte.¹¹⁰

Auf kantonaler Ebene finden sich mit der Verfassung von 1803 ein Kantonsoberappellationsgericht sowie zwei Spezialgerichte, namentlich ein Handelstribunal und ab 1808 ein Vagabundengericht. Zudem hatten der Kleine und Grosse Rat begrenzte Funktionen als Kassationsinstanzen. Das Kantonsoberappellationsgericht wurde vorerst für drei Jahren «zur Erprobung seiner Nutzbarkeit»¹¹¹ eingerichtet und 1806 schliesslich als ständiges oberstes Gericht fest installiert,¹¹² wobei es per Grossratsbeschluss vom 17. Mai 1811 – vorbehalten die Zustimmung der Gemeinden – zuerst aufgehoben und nach langer Diskussion über das Stimmenergebnis aus den Gemeinden schliesslich mit Grossratsbeschluss vom 12. Mai 1812 für drei Jahre vorerst provisorisch weitergeführt wurde.¹¹³ Die Zuständigkeit in Malefizsachen war dabei höchst umstritten und wurde 1803 abgelehnt resp. einem besonderen Kantonskriminalgericht übertragen, so dass es sich beim Kantonsoberappellationsgericht um ein reines Zivilgericht¹¹⁴ handelte.¹¹⁵ Es bestand fortan aus zehn Richtern und einem Präsidenten, wobei Wiederwahl zulässig war. Letzterer wurde vom Grossen Rat aus dem Kreis der Kantonsbürger für ein Jahr gewählt. Die Wahl der Richter erfolgte aus einem Zweivorschlag eines jeden Bundes für drei Jahre ebenfalls durch den Grossen Rat, wobei dem Oberen Bund vier und den anderen beiden Bünde drei Richter zustanden.¹¹⁶ Das Kantonsoberappellationsgericht war zweite Instanz für jene Zivilstreitigkeiten, welche aus einer dem Hochgericht unterstehenden Gemeinde kamen,¹¹⁷ sowie Rekursinstanz für Streitfälle des kantonalen Handelsgerichts.¹¹⁸ In dritter und letzter Instanz zuständig war das Gericht für Fälle, welche bereits an ein Appellationsgericht (Hochgericht oder im Oberen Bund an das Oberbundesgericht) in einem der drei Bünde gelangt war. Es galten jedoch erhebliche Streitwertgrenzen, um das Gericht nicht zu überlasten. Diese lagen für Zivilstreitigkeiten bei 1200 Florin¹¹⁹ und für Handelsstreitigkeiten bei 400 Florin.¹²⁰

¹⁰⁹ Vgl. Schwarz (Fn. 107).

¹¹⁰ P. A. Vincenz, Festschrift des Grauen Bundes, Chur 1924, 236.

¹¹¹ Grossratsprotokoll vom 6. Mai 1803.

¹¹² Grossratsprotokoll vom 11. November 1806.

¹¹³ Schwarz, 197ff. (Fn. 107).

¹¹⁴ Einzige Ausnahme bestand ab dem Jahr 1812 für Straffälle betreffend verbotenen Englischen Waren und die Einfuhr von Kolonialwaren (Kontinentalsperre) sowie betreffend die unerlaubte Ausfuhr nach Italien, in welchen das Kantonsgericht als Appellationsinstanz amtierte (vgl. Schwarz, 205f., Fn. 107).

¹¹⁵ Vgl. ausführlich Schwarz, 191ff. (Fn. 107).

¹¹⁶ Art. 5 i.V.m. Art. 6 i.V.m. Art. 9 Gesetz über Aufstellung eines Kantons- oder Oberappellationsgerichtes von 1803 (OG Graubünden/1803).

¹¹⁷ Art. 2 i.V.m. Art. 3 OG Graubünden/1803.

¹¹⁸ Ziff. 15, Transit- und Fuhrordnung vom 16. Mai 1803 (TFO Graubünden/1803).

¹¹⁹ Art. 2 i.V.m. Art. 3 OG Graubünden/1803.

¹²⁰ Ziff. 15, TFO Graubünden/1803.

Das Handelsgericht war eines von zwei kantonalen Spezialgerichten. Es war am 13. Mai 1803 durch den Grossen Rat eingeführt worden und ersetzte die von alters her traditionell richtenden Portengerichte. Die sogenannten Porten waren talschaftlich organisierte Transportgenossenschaften, welche schon seit Jahrhunderten für die dem Handel dienenden Bündner Alpentransitachsen zuständig waren und auch Streitigkeiten über Schadenersatz bei auf diesen Routen beschädigter Ware oder gestohlenen Gütern durch Portengerichte entschieden. Diese unübersichtliche und oft willkürliche Gerichtsbarkeit in Handelsangelegenheiten wurde ab 1803 durch das kantonale Handelsgericht wahrgenommen und die Portengerichte gegen grossen Widerstand aufgehoben.¹²¹ Das Handelstribunal bestand aus sieben Mitgliedern, welche vom Grossen Rat auf einen doppelten Vorschlag des Kleinen Rats gewählt wurden. Dabei bestanden die sieben Handelsrichter aus drei Zivilpersonen, je eine pro Bund, zwei Portgenossen und zwei Handelsleuten. Weil die Porten sich gegen die Aufhebung ihrer Gerichte stark gewehrt hatten, wurde die Zahl der Handelsrichter aber schon 1804 von sieben auf neun Mitglieder erhöht, wobei die zwei zusätzlichen Richterstellen durch Portgenossen besetzt wurden. Dem Handelsgericht vorgelagert, gab es einen sogenannten Vermittlungsrichter für Bagatellsachen, dessen Urteile der Appellation ans Handelsgericht unterlagen. Entscheide des Handelsgerichtes wiederum konnten, wenn die Streitwertgrenze von 400 Flurin erreicht wurde, ans Kantonsoberrappellationsgericht weitergezogen werden.¹²² 1809 erfuhr die Handelsgerichtsordnung eine erste Revision. Im Zuge derselben wurde der Vermittlungsrichter in Friedensrichter umbenannt und besass neu eine klare Spruchkompetenz bis 50 Flurin. Am Instanzenzug ans Handels- und Kantonsoberrappellationsgericht änderte sich indes nichts.

Als zweites ordentliches Spezialgericht sollte nach ersten Plänen das Kantonskriminalgericht für alle Delikte mit Blut- oder Kapitalstrafe («pena di sangue») fungieren. Dieses wurde indes 1803 vom Grossen Rat und den Gemeinden knapp abgelehnt, obwohl die Kompetenzen der Gemeindeggerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Strafrechts nicht hätten berührt werden sollen. In den Gemeinden herrschte grosse Skepsis gegenüber einer kantonalen Strafgerichtsbarkeit.¹²³ Diese hätte insbesondere das damals im Kanton weitverbreitete Problem des kleinkriminellen Vagabundentums wirksam bekämpfen sollen. Dem Protokoll des Grossen Rates ist schliesslich zu entnehmen, dass «dem kleinen Rat von mehreren Seiten Berichte wegen dem so sehr überhäuften Zigeuner- und Bettelgesindel und selbst schon mutmasslich durch sie bewerkstelligte Diebereien eingegangen sind, weswegen nun dieses brotlose Gesindel abzuschrecken und zum Teil unverzüglich wegzuschaffen... durch Schreiben aufgefordert werden, dass alles allfällige in ihrem Gebiet sich befindende Gesindel zusammen zu treiben, um selbiges denen dazu bestimmten Hatschiers zu übergeben, welche solches über die Grenze zu führen beordert sind»¹²⁴. Dieses aus der Not geborene Vagabundengericht bestand aus drei vom Grossen Rat auf

¹²¹ Schwarz, 224ff. (Fn. 107).

¹²² Ziff. 15 TFO Graubünden/1803.

¹²³ Schwarz, 228ff. (Fn. 107).

¹²⁴ Ratsprotokoll vom 11. Juni 1803.

doppelten Vorschlag des Kleinen Rats zu wählenden Richtern, unter welchen der Kleine Rat den Präsidenten bestimmte. Die Richter wurden auf drei Jahre gewählt, waren wiederwählbar und richteten inappellabel. Bei Fällen mit angedrohter Todesstrafe wurde das Vagabundengericht durch drei Richter des Kantonsoberrappellationsgerichts erweitert, welche durch den Kleinen Rat zu bestimmen waren.¹²⁵

Endlich ist zu erwähnen, dass der Kleine Rat in Zivil- und Strafsachen als Kassationsinstanz fungierte und vor ihm Rechtsverweigerungs- resp. Rechtsverzögerungsbeschwerden und ab 1806 Fehler in der Form erhoben werden konnten,¹²⁶ ohne dass er sich jedoch in die materielle Spruchkompetenz der Gerichte einzumischen hatte.¹²⁷ Der aus den drei Bundesoberhäuptern zusammengesetzte¹²⁸ Kleine Rat war diesbezüglich erste Kassationsinstanz, wobei alle seine Urteile, trotz fehlender Verfassungs- oder Gesetzesgrundlage, an den Grossen Rat weitergezogen werden konnten.¹²⁹

Die Verwaltungsrechtspflege war in Graubünden recht verworren und wenig systematisch organisiert.¹³⁰ Teils wurden öffentlich-rechtliche Streitigkeiten als solche ausgeschieden und per Gesetz der Kompetenz der Zivilgerichte anheimgestellt. Teils wurden verwaltungsrechtliche Prozesse gar nicht als solche erkannt und ohne weiteres vor der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit behandelt. Eine dritte Möglichkeit bestand in der Schaffung verwaltungsrechtlicher Spezialgerichte, die als eigentliche Schiedsgerichte zu deuten sind. Schliesslich leitete sich aus Art. 7 KV Graubünden/1803, der den Kleinen Rat als oberste Verwaltungsbehörde bezeichnete, eine Staats- und Verwaltungsrechtspflege durch die Bundesoberhäupter ab,¹³¹ deren Entscheide wiederum nach ständiger Übung an den Grossen Rat weitergezogen werden konnten, welcher seines Zeichens der eigentliche Verwaltungs- und Staatsgerichtshof war.¹³² Dieser war auch zuständig für Streitigkeiten unter Gemeinden,¹³³ welche u.a. oft Abgrenzungs- und Kompetenzfragen zwischen Gerichten und Hochgerichten zum Inhalt hatten.¹³⁴

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Ausstands- oder Unvereinbarkeitsregelungen finden sich teilweise für die unteren Gerichte. Bereits 1803 erliess die Regierungskommission aufgrund der engen Verhältnisse in Graubünden ein subsidiär geltendes Gesetz, welches Verwandtschaft unter den Rich-

¹²⁵ Schwarz, 231ff. (Fn. 107).

¹²⁶ Gesetz über das Verfahren des Kleinen Rats bei den in gerichtlichen Angelegenheiten an ihn gelangenden Rekursen von 1806.

¹²⁷ Gesetz zur Bestimmung der Befugnisse des Kleinen Rats im Betreff der Justizpflege von 1805.

¹²⁸ Art. 7 KV Graubünden/1803.

¹²⁹ Schwarz, 244f. (Fn. 107).

¹³⁰ Vgl. ausführlich Ders., 250ff.

¹³¹ Vgl. vor allem das Rekursverfahrensgesetz aus dem Jahr 1806, welches neben der gesetzlichen Grundlage für Verwaltungsstreitigkeiten in Ziff. 8, erste Ansätze einer Verfassungsgerichtsbarkeit, wahrgenommen durch den Kleinen Rat, enthält.

¹³² Schwarz, 265 (Fn. 107).

¹³³ Art. 6 KV Graubünden/1803.

¹³⁴ Schwarz, 266 (Fn. 107).

tern (Beisitzern des Gerichts) bis zum zweiten Grad der Verwandt- und Schwägerschaft sowie Geschwisterkinder untersagte. Der Verwandtschaftsgrad mit dem Gerichtspräsidenten war indes erstaunlicherweise irrelevant. Für das Kantonsoberrappellationsgericht wurden mit Beschluss des Grossen Rates zur Ergänzung des Reglements des Kantonsappellationsgerichts vom 14. Mai 1808 Ausstandsregeln festgelegt, indem Verwandt- oder Schwägerschaft bis zum dritten Grad mit einer der streitenden Parteien zum Ausstand verpflichtete. Aus heutiger Perspektive interessant erscheint zudem die Bestimmung, dass es den Parteien und Anwälten streng verboten war, am Sitzungsort zu erscheinen resp. wenn sie an demselben wohnhaft waren, die Richter wegen des Gerichtsverfahrens aufzusuchen oder die Sache sonst wie mit ihnen zu besprechen. Für die Richter des Vagabundengerichts war vorgesehen, dass es sich um möglichst rechtserfahrene Personen handeln musste,¹³⁵ was freilich eine unpräzise Wählbarkeitsvoraussetzung darstellte.

4. Kanton St. Gallen

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

Das neunte Kapitel der Mediationsakte enthält die Kantonsverfassung für St. Gallen vom 19. Februar 1803. Diese statuiert die Teilung des Kantons in acht Bezirke resp. 44 Kreise.¹³⁶ Jede Gemeinde verfügte dabei über einen Gemeinderat mit eingeschränkten polizeilichen Kompetenzen,¹³⁷ die Bezirke je über einen Friedensrichter. Dieser wurde vom Kleinen Rat gewählt und entschied unter Beiziehen zweier Assessoren (Beisitzer) über geringe Zivilstreitigkeiten.¹³⁸ Als erstinstanzliche richterliche Gewalten waren sodann Gerichte für bürgerliche und peinliche Rechtsfälle vorgesehen.¹³⁹ Diese wurden durch den Kleinen Rat auf dreifachen Vorschlag des Appellationsgerichts gewählt.¹⁴⁰ Dieses bestand aus dreizehn Mitgliedern und entschied letztinstanzlich alle zivil- und strafrechtlichen Fälle, einschliesslich jener, welche die Todesstrafe nach sich ziehen konnten.¹⁴¹ Eine Besonderheit für die damalige Zeit stellte das kantonale Gericht für administrative Streitigkeiten dar, ein eigentliches Verwaltungsgericht, welches sich aus vier Mitgliedern des Kleinen Rats und deren vier aus der Mitte des Appellationsgerichts zusammensetzte.¹⁴²

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Auch bezüglich der Wählbarkeitsvoraussetzungen und Ausstandsregelungen enthielt die Verfassung von 1803 bereits klare Vorschriften. So musste ein Friedensrichter über Grundeigentum oder einen pfandgesicherten Schuldschein von 1'000 Schweizer Fran-

¹³⁵ Ders., 233.

¹³⁶ Art. 1 Verfassung des Kantons St. Gallen gemäss dem IX. Kapitel der Mediationsakte von 19. Februar 1803 (KV St. Gallen/1803).

¹³⁷ Art. 4 KV St. Gallen/1803.

¹³⁸ Art. 5 KV St. Gallen/1803.

¹³⁹ Art. 8 KV St. Gallen/1803.

¹⁴⁰ Art. 20 KV St. Gallen/1803.

¹⁴¹ Art. 9 KV St. Gallen/1803.

¹⁴² Art. 10 KV St. Gallen/1803.

ken verfügen.¹⁴³ Ein Friedensrichter konnte von seinem Wahlkreis dabei nicht in den Grossen Rat gewählt werden.¹⁴⁴ Für die Bezirksrichter galt hingegen die Vorschrift, über ein Vermögen von mindestens 3'000 Schweizer Franken zu verfügen,¹⁴⁵ die Appellationsrichter mussten gar im Besitz von 9'000 Schweizer Franken oder entsprechender grundpfandgesicherter Briefe sein.¹⁴⁶ Ans kantonale Appellationsgericht konnte nur gewählt werden, wer über fünf Jahre Erfahrung an einem Gericht oder in der oberen Verwaltung verfügte.¹⁴⁷

IV. RESTAURATION 1815-1830

Der Bundesvertrag von 1815 stärkte im restaurativen Geist die föderale Souveränität der Kantone und schwächte damit zwangsläufig die bisherigen Bemühungen um Angleichung des Rechts sowie die Entstehung einer eidgenössischen Rechtsprechung. Bestand zuvor mit dem eidgenössischen Syndikat zumindest ein ständiger, festbesetzter Gerichtshof zur Beurteilung interkantonaler Streitigkeiten, so wurde dieser zu einem von Fall zu Fall zu ernennenden Schiedsgericht umgestaltet, das nur für interkantonale Streitigkeiten zuständig war, welche nicht in den Zuständigkeitsbereich der Tagsatzung fielen. Diese war für die Beurteilung der durch den Bundesvertrag garantierten Rechtsgüter zuständig.¹⁴⁸ Die zentrale Fragen betreffenden Streitigkeiten zwischen den Kantonen sollten von der Tagsatzung als politischem Gremium beurteilt werden. Dies bedeutete einen jähen Rückschlag im Hinblick auf die Etablierung der Gewaltenteilung, ja des Rechtsstaats schlechthin. Das Schiedsgericht war durch die streitenden Kantone selbst zu besetzen. Diese hatten die Richter aus dem Kreis der Magistratspersonen anderer Kantone paritätisch zu wählen. Das Schiedsgericht sollte primär vermitteln. Blieb eine Einigung aus, ernannte die Tagsatzung einen Obmann, der nach einem weiteren Vermittlungsversuch einen Entscheid herbeizuführen hatte. Diese eidgenössische Schiedsgerichtsbarkeit war bis zur Gründung des Bundesstaats 1848 die einzige gesamteidgenössische Institution der Bundesrechtspflege.¹⁴⁹ Einzelne Kantone kannten im Fall von Aufruhr eidgenössische Kriegsgerichte und in mehreren Konkordaten wurden die Gerichtsstände etwa in Erbstreitigkeiten, bei Ehescheidungen sowie für Arrestlegung, Betreibungen und Fällimentsfälle festgelegt. Zahlreiche Kantone regelten über Konkordate auch die Zusammenarbeit in der Strafrechtspflege im Rahmen von Rechtshilfe und Auslieferung.¹⁵⁰

In den Kantonen wurde ein mindestens zweistufiger Instanzenzug nach 1815 allgemein üblich. Oft war dem eigentlichen Gerichtsverfahren ein auf Vermittlung abzielendes

¹⁴³ Art. 12 KV St. Gallen/1803.

¹⁴⁴ Art. 13 KV St. Gallen/1803.

¹⁴⁵ Art. 20 KV St. Gallen/1803.

¹⁴⁶ Art. 21 KV St. Gallen/1803.

¹⁴⁷ Art. 21 KV St. Gallen/1803.

¹⁴⁸ His II, 320 (Fn. 5).

¹⁴⁹ Ders., 322.

¹⁵⁰ Ders., 323f.

des Sühneverfahrens vorgeschaltet, das vom Friedensrichter durchgeführt wurde – ein Relikt aus der Helvetik. Nach 1815 kannten alle Kantone, ausser Zug und den beiden Appenzell, ein Appellationsgericht in Zivil- und Strafsachen. Die Appellationsgerichte beurteilten nicht nur Berufungsfälle, sondern waren erstinstanzlich für die Beurteilung von Zivilrechtsangelegenheiten mit hohem Streitwert sowie für schwerwiegende Kriminalfälle zuständig. Erstinstanzlich wurden für Strafsachen teilweise und für Zivilrechtsstreitigkeiten in jedem Fall Amts-, Land- bzw. Bezirksgerichte eingesetzt. Diese präsidierte meist der für den Bezirk zuständige Statthalter als Vertreter der Kantonsregierung. Die evangelischen Kantone restaurierten gesonderte Ehegerichte für Ehe- und Vaterschaftsprozesse. In diese Gerichte nahmen teilweise Geistliche Einsitz. Weitere Sondergerichte der Restaurationszeit waren beispielsweise die Berner Fertigungsgerichte (Gerichte mit Notariatsaufgaben bei Grundstücksgeschäften), das Zensurgericht in Freiburg, Sittengerichte (Aargau) sowie das Universitätsgericht in Basel. Trotz ihrer Kleinheit hielten die Landgemeindekantone an ihren ebenso komplexen wie altertümlichen Gerichtsorganisationen fest. So gab es im kleinen, damals weniger als 10'000 Einwohner umfassenden Bergkanton Uri für den Bezirk Uri ein Elfergericht als erste Zivilinstanz, für den Bezirk Urseren dagegen ein Bezirksgericht. Lag der Streitwert unter 30 Gulden war das Siebnergericht zuständig. Für Marktstreitigkeiten waren die Orts- oder Gassengerichte, für Straf-, Waisensachen und kommunale Streitigkeiten war das Dorfgericht zuständig, für wasserrechtliche Fälle gab es ein weiteres Sondergericht. Daneben war auch der Landammann (Regierungspräsident und Vorsitzender der Landsgemeinde) als Einzelrichter in Strafsachen mit Gerichtskompetenzen ausgestattet.¹⁵¹

Es fällt auf, dass die Gewaltenteilung institutionell und personell völlig unzureichend umgesetzt wurde. Gerichte und Regierung waren wie im Ancien Régime eng miteinander verflochten. Dies entspricht dem Geist des wieder erwachten Absolutismus. Eine juristische Ausbildung wurde für das Richteramt erst in wenigen, jungen Kantonen gefordert. So etwas im Thurgau, im Tessin und im Kanton Waadt.¹⁵²

1. Kanton Zürich

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

1814 gab sich der Kanton Zürich eine neue, im Vergleich zu anderen Kantonen fortschrittliche Verfassung, die wenigstens Ansätze einer gesonderten richterlichen Gewalt enthielten. Vielmehr ist von den aristokratischen Ideen einer Eliteführung in allen drei Staatsgewalten noch viel zu erkennen, ist doch vor allem in personeller Hinsicht weiterhin eine geballte Machtkonzentration auszumachen. Der Instanzenzug für Zivil- und Strafsachen sah dabei wie folgt aus: Jeder Streitfall musste von einem Friedensrichter behandelt werden,¹⁵³ bevor er an eines der elf Amtsgerichte,¹⁵⁴ welche die Zunft- und Bezirksgerichte ersetzten, und schliesslich an das 14-köpfige Obergericht weitergezogen

¹⁵¹ Ders., 328.

¹⁵² Ders., 326.

¹⁵³ Art. 32 Kantonsverfassung des Kantons Zürich vom 11. Juni 1814 (KV Zürich/1814).

¹⁵⁴ Art. 33 i.V.m. Art 34 KV Zürich/1814.

werden konnte.¹⁵⁵ Davon gab es zwei Ausnahmen: Für mit der Todesstrafe bedrohte Verbrechen existierte auf der Grundlage von Art. 40 KV Zürich/1814 weiterhin ein Malefiz- resp. Kriminalgericht, welches sich aus dem Obergericht sowie vier durch das Los zu bestimmenden Mitgliedern des Kleinen Rats zusammensetzte.¹⁵⁶ Diese Regelung betreffend das Kriminalgericht entspricht der Organisation, welche sich der Kanton Zürich schon mit der Verfassung von 1803 gegeben hatte. Zweitens wurden eheliche Angelegenheiten von einem Ehegericht beurteilt, das sich teils aus weltlichen, d.h. Mitgliedern des Grossen Rates und teils aus kirchlichen Vertretern zusammensetzte.¹⁵⁷ Gleichbleibend ist auch die richterliche Beurteilung von sämtlichen Verwaltungsstreitigkeiten, welche nach wie vor verwaltungsintern und letztinstanzlich durch den Kleinen Rat entschieden wurden.¹⁵⁸ Der Instanzenzug gleicht insgesamt der Gerichtsorganisation von 1803, wobei als wesentliche Neuerung die Amtsgerichte zu nennen sind, welche an die Stelle der Zunft- und Bezirksgerichte traten.

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Betreffend die Wahlvoraussetzungen änderte sich mit der Verfassung von 1814 einiges. Erstens musste für ein richterliches Amt auf Kantonsstufe kein direkter Grundeigentumsnachweis erbracht werden. Nicht wählbar war indes, wer in einem Kost- und Logiearbeitsverhältnis stand oder fürsorgeabhängig war,¹⁵⁹ was faktisch in den meisten Fällen doch ein gewisses Vermögen voraussetzte. Grundeigentum war allerdings nicht mehr erforderlich. Für das Oberrichteramt explizit vorausgesetzt waren laut Art. 43 KV Zürich/1814 Bürgerrecht, Wohnsitz sowie das Erreichen des 36. Altersjahres, was gegenüber den bis dahin geltenden Regelungen – dem Erreichen des 25. Lebensjahres für direkt aus den Zünften gewählten Mitgliedern resp. des 30. Lebensjahres für indirekt gewählte Mitglieder des Grossen Rates – eine Verschärfung darstellt.¹⁶⁰ Gleiches galt für das Malefizgericht.¹⁶¹ Das Gewicht wurde bei den Wahlvoraussetzungen also auf das Alter und weniger auf die vermögensrechtlichen Aspekte gelegt. Die Mitglieder des Obergerichtes rekrutierten sich immer noch aus der Mitte des Grossen Rates¹⁶² und wurden wie bis anhin vom Bürgermeister präsiert, welcher im Grossen und Kleinen Rat gerade nicht den Vorsitz führte. Mitglieder des Kleinen Rats, welcher administrative Streitigkeiten letztinstanzlich beurteilte, mussten ebenfalls 36 Jahre alt sein,¹⁶³ weltliche Mitglieder des Ehegerichts hingegen nur 30 Jahre.¹⁶⁴ Hinsichtlich der Gewaltenteilung ist in der Per-

¹⁵⁵ Art. 40 KV Zürich/1814.

¹⁵⁶ Art. 45 KV Zürich/1814.

¹⁵⁷ Art. 15 i.V.m. Art. 39 KV Zürich /1814.

¹⁵⁸ Art. 25 KV Zürich/1814.

¹⁵⁹ Art. 11 KV Zürich/1814.

¹⁶⁰ Art. 20 lit. a i.V.m. Art. 42 KV Zürich/1814.

¹⁶¹ Art. 29 i.V.m. Art. 43 i.V.m. Art. 45 KV Zürich/1814.

¹⁶² Art. 42 KV Zürich/1814.

¹⁶³ Art. 25 i.V.m. Art. 29 KV Zürich/1814.

¹⁶⁴ Art. 15 i.V.m. Art. 20 lit. b KV Zürich/1814.

son des Obergerichtspräsidenten und den vier nichtordentlichen Mitgliedern des Malefizgerichts immer noch eine personelle Machtkumulation aller drei Staatsgewalten zu beobachten. Die 13 übrigen Mitglieder des Obergerichts vereinigten weiterhin die richterliche und die gesetzgebende Gewalt in sich, da sie Mitglieder des Grossen Rats sein mussten.¹⁶⁵ Die grundlegenden Voraussetzungen zur Richterwahl haben sich ergo gegenüber 1803 dergestalt verschoben, dass nur noch geringe (faktische) Vermögensvoraussetzung existierten und das Mindestalter für ein kantonales Richteramt grundsätzlich auf 36 Jahre angehoben wurde.

2. Kanton Luzern

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

Mit der Verfassung von 1814¹⁶⁶ wurde die luzernische Staats- und Gerichtsorganisation moderat reorganisiert. Es gab weiterhin fünf Ämter,¹⁶⁷ welche in Gerichtsbezirke aufgeteilt waren, die ihrerseits in kantonsweit 18 Gerichtskreisen zusammengefasst waren.¹⁶⁸ Die Gewaltenteilung hielt jedenfalls dem normativen Anspruch nach teilweise in die Kantonsorganisation Einzug. Die höchste Gewalt hatte der aus hundert Mitgliedern bestehende Grosse Rat inne.¹⁶⁹ Die höchste vollziehende, verwaltende und richterliche Gewalt lag beim täglichen Rat,¹⁷⁰ welcher sich selbst aus Mitgliedern des Grossen Rates erneuerte, wobei dem Grossen Rat ein Bestätigungs- oder Verwerfungsrecht hinsichtlich der neuen Mitglieder zukam.¹⁷¹ Der tägliche Rat hatte 36 Mitglieder und war ein eigentlicher Ausschuss des Grossen Rates. Die Mitglieder beider Räte waren auf Lebenszeit gewählt.¹⁷²

Der tägliche Rat ernannte aus seiner Mitte einen zwölfköpfigen Appellationsrat, der vom inaktiven Schultheiss (Regierungspräsident) präsiert wurde, d.h. demjenigen der beiden, welche nicht gerade den täglichen und Grossen Rat leitete.¹⁷³ Der Appellationsrat übte die Funktion eines kantonalen Obergerichts aus und entschied in letzter Instanz alle bürgerlichen, polizeilichen und peinlichen Rechtsfälle.¹⁷⁴ Einzig in Malefizangelegenheiten entschied der tägliche Rat in Vollbesetzung,¹⁷⁵ wobei die Begnadigungskompetenz beim Grossen Rat verblieb.¹⁷⁶ Vorgelagert entschieden gemäss dem Organischen Gesetz des Kantons Luzern von 1814 fünf siebenköpfige Amts- resp. Bezirksgerichte

¹⁶⁵ Art. 42 KV Zürich/1814.

¹⁶⁶ Verfassung des Kantons Luzern vom 29. März 1814 (KV Luzern/1814).

¹⁶⁷ Art. 1 KV Luzern/1814.

¹⁶⁸ Art. 2 KV Luzern/1814.

¹⁶⁹ Art. 4 i.V.m. Art. 5 KV Luzern/1814.

¹⁷⁰ Art. 17 KV Luzern/1814.

¹⁷¹ Art. 38 KV Luzern/1814.

¹⁷² Art. 4 KV Luzern/1814.

¹⁷³ Art. 23 KV Luzern/1814.

¹⁷⁴ Art. 24 KV Luzern/1814.

¹⁷⁵ Art. 24 KV Luzern/1814.

¹⁷⁶ Art. 13 KV Luzern/1814.

erstinstanzlich in Kriminalfällen Bussen ab 20 Schweizer Franken oder Gefängnisstrafe von mindestens acht Tagen. Geringfügigere Delikte wurden erstinstanzlich von den Gemeindegerichten entschieden. Zivilstreitigkeiten wurden ebenfalls von den Bezirksgerichten behandelt. Die Organisation der unteren Gerichtsbehörden blieb also, mit Ausnahme der Streitwertgrenze, weitgehend ähnlich jener von 1803. Verwaltungsrechtliche Angelegenheiten schliesslich werden zeittypisch verwaltungsintern und letztinstanzlich vom täglichen Rat entschieden.¹⁷⁷

Trotz einzelner Neuerungen präsentiert sich die Restauration im Kanton Luzern als Rückschritt in den Absolutismus, indem die Macht im Staatswesen hauptsächlich im täglichen Rat konzentriert war, insbesondere da die Mitglieder desselben auf Lebenszeit amtierten und ihre Nachfolger vom täglichen Rat selbst ernannt wurden. Das aristokratische Herrschaftssystem hatte sich im Kanton Luzern in der Restaurationsperiode unter Ausschluss tatsächlicher Gewaltentrennung verwirklicht.

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Exemplarisch sei auch hier auf Wählbarkeitsvoraussetzungen und Unvereinbarkeitsregelungen für das Obergericht resp. den Appellationsrat hingewiesen. In Art. 46ff. KV Luzern/1814 finden sich diese auf Verfassungsstufe verankert. So durfte in den täglichen Rat und damit auch in den ausschussartigen Appellationsrat nur gewählt werden, wer mindestens 30 Jahre alt war und über ein Vermögen von 4'000 Schweizer Franken verfügte, ausnahmsweise auch, wer dem Staat Luzern besondere Dienste erwiesen hatte. Zudem mussten Kandidaten im betreffenden Wahlkreis wohnhafte Bürger und frei von Strafverfahren und Betreibung sowie Bevormundung sein. Als im kantonalen Vergleich besondere Bestimmung ist in Art. 50 KV Luzern/1814 vermerkt, dass Kandidaten nicht in fremden Diensten landesabwesend sein durften. Viele Luzerner verdingten sich damals noch in Frankreich, Italien und Spanien als Söldner. Unvereinbarkeit für die Mitgliedschaft im täglichen Rat war die Verwandtschaft von Vater und Sohn, ebenso von Brüdern.¹⁷⁸

3. Kanton Graubünden

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

Die grundlegende Organisation der Gerichte unterer Instanz resp. in den Gerichtsbezirken und den Hochgerichten im Kanton Graubünden blieb auch mit der neuen Verfassung von 1814 erhalten. Einzig die Einführung von Vermittlungsämtern, dem Friedensrichteramt analogen Institutionen, in den Gemeinden und Gerichten ist als Innovation zu erwähnen.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Art. 22 KV Luzern/1814.

¹⁷⁸ Art. 49 KV Luzern/1814.

¹⁷⁹ Art. 16 Kantonsverfassung des Kantons Graubünden vom 11. November 1814 (KV Graubünden/1814).

Das Oberbundesgericht wurde auf eine verfassungsmässige Grundlage gestellt¹⁸⁰ und entsprach dem unter der alten Verfassung geführten Oberbundesgericht. Es amtierte nur noch als Zivilgericht, staatsrechtliche Fragen blieben ihm zu entscheiden verwehrt. Es setzte sich aus acht Richtern, neben einem Präsidenten und einem Vizepräsidenten zusammen, wobei die acht Richter jährlich von ihrem jeweils zuständigen Hochgericht gewählt wurden.¹⁸¹ Präsident und Vizepräsident wurden durch die Mitglieder des Oberen Bundes bei ihrer Bundessession aus allen Bürgern des Bundes für ein Jahr bei möglicher Wiederwahl gewählt.¹⁸² Für die gesamte Wahl galten lokalpolitisch und religionsbedingte Wahlmodi: So setzte sich die Richterschaft alternierend zu zwei Fünftel aus Protestanten und zu drei Fünftel aus Katholiken zusammen, wobei der Präsident und der Vizepräsident unterschiedlicher Konfession sein mussten.¹⁸³ Zudem durften der Präsident und der Vizepräsident nicht beide aus dem Teil ob dem Wald (Surselva) oder unter dem Wald (Domleschg, Rheinwald) stammen. Damit wurden ausgleichende Automatismen in den Wahlmodus eingebaut. Das Oberbundesgericht entschied zweitinstanzlich in Zivilstreitigkeiten mit einem Streitwert von 100 bis 1000 Flurin letztinstanzlich. Die Appellation ans Kantonsgericht war möglich ab Streitwerten über 1'000 Flurin.¹⁸⁴

Das seit 1803 mehr oder weniger beständig amtierende Kantonsoberrappellationsgericht wurde mit Art. 17 KV Graubünden/1814 auch inskünftig als kantonale Appellationsinstanz in Zivilsachen beibehalten, wobei die Streitwertgrenze von 1'200 Flurin auf 1'000 Flurin herabgesetzt wurde, was eine gewisse Stärkung der Kontrollmöglichkeiten durch das Kantonsgericht über die Hochgerichte resp. das Oberbundesgericht bedeutete. Gleichzeitig wurde durch die Verfassungsbestimmung die Streitwertgrenze für erstinstanzlich durch das Handelsgericht entschiedene Fälle (ab 1825 endgültig) von 400 auf 1'000 Flurin erhöht, was das Handelsgericht stärkte. Bemerkenswert ist, dass dem Kantonsgericht mit der Verfassung von 1814 beschränkte Kompetenzen in der Strafrechtspflege eingeräumt wurden. Art. 20 KV Graubünden/1814 setzt das Kantonsoberrappellationsgericht als Staatsgerichtshof zur Untersuchung und definitiven Beurteilung von Staatsverbrechen und Aufruhr gegen Behörden und Staatsangestellte ein. Das auf dem Verfassungsartikel fussende Gesetz über die Organisation dieses Kriminalgerichtshofes vom 24. November 1814 bestimmt in Art. 1, dass Hochverrat oder Unternehmungen gegen die Freiheit, Unabhängigkeit und Verfassung des Standes, Veruntreuung öffentlicher Gelder, vorsätzliche Beeinträchtigung der Staatseinkünfte im Betrag über 100 Flurin, Verfälschungen zum Nachteil des Staates, Umtriebe, wodurch die öffentliche Ruhe

¹⁸⁰ Art. 18 KV Graubünden/1814.

¹⁸¹ Art. 7 Organisationsreglement des Oberbundesgerichtes der Oberen Bundes von 1814 (OR Graubünden/1814).

¹⁸² Interessant ist der Umstand, dass – entgegen der Gewohnheit an vielen anderen Gerichten – die Richter selten, ab 1832 gar in keinem einzigen Fall, wiedergewählt wurden. Auf für das Amt des Vizepräsidenten wurde jährlich eine andere Person gewählt, wobei es sich ab und zu um einen ehemaligen Gerichtspräsidenten der Oberbundesgerichte gehandelt hat. Einzig der Gerichtspräsident des Oberbundesgerichts scheint der Tradition einer regelmässigen Wiederwahl resp. einer Wahl früherer Oberbundesgerichtspräsidenten gefolgt zu sein, vgl. Schwarz, 24f. (Fn. 107).

¹⁸³ Art. 10 OR Graubünden/1814.

¹⁸⁴ Art. 2 OR Graubünden/1814.

gestört wird oder Auflehnung gegen die Standesbehörden als Delikte zu verfolgen sind. In seinem 36-jährigen Bestehen bis ins Jahr 1840 sind allerdings zehn solche Kriminalprozesse vor dem Kantonsoberrappellationsgericht verzeichnet.¹⁸⁵ Das Kantonsgericht bestand nicht mehr aus elf sondern aus neun durch den Grossen Rat weiterhin auf drei Jahre gewählten Richtern,¹⁸⁶ wobei jeder Bund drei Richter zu gute hatte.¹⁸⁷ Bemerkenswert ist, dass die drei Richter pro Bund nicht mehr auf doppelten Vorschlag des Bundes (durch den Bundesvorsteher in seiner Funktion als Mitglied des Kleinen Rats) gewählt wurden, sondern frei aus allen Bürgern des betreffenden Bundes. Dies stellt eine markante Schwächung des Kleinen Rats und damit der drei Bünde dar. Der Präsident wurde durch den Grossen Rat aus der Mitte der Richter für drei Jahre gewählt und nicht mehr frei aus dem Kreis aller Kantonsbürger.

Das Handelsgericht ging mit der Schaffung einer Transitkommission durch die Transitordnung von 1816 in diesem auf. Kleinere Fälle wurden dabei durch einen Ausschuss der Transitkommission oder alternativ durch den Kaufhausaufseher in Chur entschieden.¹⁸⁸ Die Organisation und die Kompetenzen der Transitkommission treten nach der Revision der Transitordnung 1825 klar zu tage. Die Kommission besteht aus sieben auf ein Jahr gewählten Mitgliedern – zwei Portgesellen, zwei aus der Churer Spedition und zudem aus drei „verständigen Männern“ des Kantons, welche weder einer Port noch einer Spedition angehörten. Das Wahlverfahren ist ausgeklügelt: In einem ersten Schritt werden vier Wahlmänner von den Gesandten der Portgemeinden und vier Wahlmänner aus den Speditionen gewählt, welche ihrerseits gemeinsam die vier Kommissionsmitglieder aus Porten und Spedition berufen. Die drei freien Mitglieder werden durch den Kleinen Rat bestimmt, wobei die acht Wahlmänner eine Sechserliste vorlegen. Die Kompetenz der Transitkommission umfasst dabei Handelsstreitigkeiten ab 50 Flurin, unter Appellationsmöglichkeit an das Kantonsgericht ab 1'000 Flurin. Streitfälle von 10 bis 50 Flurin werden durch einen Dreierausschuss der Kommission entschieden. Für Bagatelldelikte bis 10 Flurin ist der Kaufhausaufseher in Chur zuständig, allerdings nur, wenn sich alle betroffenen Parteien bei Klageanhebung in Chur befinden.¹⁸⁹

Das kantonale Kriminalgericht, faktisch hauptsächlich ein Vagabundensondergericht, führt ab 1816 ein Protokoll, aus dem sich entnehmen lässt, dass in den sieben Jahren bis zur Kompetenzerweiterung des Gerichtes 1823 52 Fälle behandelt wurden, wobei es zu nur einem Todesurteil kam.¹⁹⁰ Die Zusammensetzung und die Kompetenzen des Vaga-

¹⁸⁵ Schwarz, 219 (Fn. 107).

¹⁸⁶ Art. 2 Oberappellationsgerichtsordnung in Zivilsachen von 1816 (OAGO Graubünden/1816).

¹⁸⁷ Art. 17 KV Graubünden/1814.

¹⁸⁸ Schwarz, 226 (Fn. 107).

¹⁸⁹ Ders., 227.

¹⁹⁰ Der verurteilte Franz Rimmel (1821) entzog sich dem Strang indes, indem er Selbstmord beging. Das Kriminalgericht entschied daraufhin, dass die Todesstrafe am Leichnam symbolisch zu vollziehen sei. Dieser wurde vom Scharfrichter auf einer Kuhhaut durch die Stadt geschleift um am Galgen aufgehängt, bis er von selber herunterfiel (Schwarz, 236, Fn. 107).

bundengerichtes änderten sich gegenüber der Mediationszeit indes bis 1823 nicht. In der Verfassung wird deren Beibehaltung explizit aufgeführt.¹⁹¹

Um den Missständen der Strafrechtspflege in den Gemeinden – insbesondere deren standhafte Weigerung, Delikte wegen der hohen Kosten von Amtes wegen ernsthaft zu verfolgen – entgegenzutreten, wurde mit dem „Gesetz über Privatverbrechen; Bestellung, Geschäftskreis und Verfahren des Kantonkriminalgerichts“ von 1823 erstmals ein echtes Kriminalgericht auf Kantonsebene geschaffen.¹⁹² Gemäss dem Gesetz besteht das Kriminalgericht aus drei Mitgliedern und einem Präsidenten, welche vom Grossen Rat gewählt wurden. In Malefizangelegenheiten wird das Gericht um sechs Richter des Kantonsoberappellationsgerichts verstärkt, welche durch den Kleinen Rat fallweise bezeichnet wurden. Gleichzeitig konnten die drei Richter in Fällen, in welchem Einheimische vor Gericht standen, drei zugezogene Richter verlangen oder ein ansässiger Angeklagter konnte sechs zusätzliche Richter aus der Mitte des Kantonsoberappellationsgerichtes verlangen. Diese wurden dann durch den Kleinen Rat bestimmt.¹⁹³ Unbedeutende Fälle sowie von minderjährigen Landstreichern verübte Delikte wurden von einem Ausschuss entschieden. Es wäre aber verfehlt, im Kriminalgericht ab 1823 ein umfassendes echtes Kriminalobergericht zu erblicken. Das kantonale Kriminalgericht war keine zweite Instanz zu den Kriminalbehörden der Gemeinden. Diese urteilten in allen Strafsachen erstinstanzlich und endgültig, was als Ausdruck äusserst starker Souveränitätsbestrebungen der Gemeinden zu deuten ist, da die Blutgerichtsbarkeit als zentraler Ausdruck der Souveränität nicht aus den Händen gegeben werden wollte. Die Kompetenzen des Kantonskriminalgerichtes wurden mit dem Gesetz von 1823 zwar erheblich ausgeweitet, v.a. konnten auch Bündner Bürger und nicht mehr nur Landstreicher angeklagt werden, dennoch blieb die Zuständigkeit eng auf drei Prozesskategorien begrenzt: Einmal auf jene Fälle, welche von den Gerichten und Hochgerichten an das Kantonskriminalgericht weitergewiesen wurden. Zweitens wurden alle Flucht- und Fluchtversuche aus Gefängnissen und Anstalten sowie schliesslich auch alle in diesen vorgefallenen Vergehen und Verbrechen vom Kriminalgericht beurteilt.¹⁹⁴

Der Kleine Rat fungiert als Aufsichtsbehörde in Zivil- und Strafrechtsfällen. In der Verfassung von 1814 wird er explizit als Aufsichtsbehörde bezeichnet.¹⁹⁵ In der Zivilrechtspflege kommt neben den seit der Mediation bestehenden Rekursmöglichkeiten wegen Justizverweigerung oder Rechtsverzögerung sowie der Kassationsbeschwerde die Gerichtstandsbeschwerde hinzu.¹⁹⁶ Im Bereich des Strafrechts konnten vor dem Kleinen Rat Rechtsverweigerung resp. -verzögerung sowie Formfehler gerügt werden, wiederum ohne, dass dieser in den materiellen Entscheid der Gerichte und Hochgerichte eingegrif-

¹⁹¹ Art. 21 KV Graubünden/1814.

¹⁹² Schwarz, 238 (Fn. 107).

¹⁹³ Grossratsbeschluss vom 23. Juni 1824.

¹⁹⁴ Art. 8 Gesetz über das Kantonskriminalgericht als Kriminalbehörde über Privatverbrechen; Bestellung, Geschäftskreis und Verfahren des Kantonkriminalgerichts von 1823 (KG Graubünden/1823).

¹⁹⁵ Art. 12 i.V.m. Art. 19 KV Graubünden/1814.

¹⁹⁶ Schwarz, 246 (Fn. 107).

fen hätte.¹⁹⁷ Eine Neuerung gab es bezüglich Appellationsmöglichkeit der Entscheide des Kleinen Rats. Diese wurden neu letztinstanzlich von der sogenannten Standeskommission und nicht mehr vom Grossen Rat entschieden. Bei der Standeskommission handelte es sich um eine Behörde, welche hauptsächlich vorbereitende Kommissionsaufgaben für den Kleinen und Grossen Rat tätigte und sich aus je drei Mitgliedern aus jedem Bund sowie den drei Bundesstatthaltern zusammensetzte.¹⁹⁸

In der Verwaltungsrechtspflege galt weiterhin ein Nebeneinander verschiedener Rechtswege, wobei die meisten Prozesse von den ordentlichen Zivilgerichten abgehandelt wurden.¹⁹⁹ In Art. 22 KV Graubünden/1814 ist zwar ein Schiedsgericht in strittigen Angelegenheiten Privater gegen den Kanton vorgesehen, welches indes faktisch wenig Geltung erlangte.²⁰⁰ Der Kleine und Grosse Rat amtierten weiterhin als Rekursbehörden.²⁰¹

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Es gab diverse Ausstandsregelungen für die verschiedenen Gerichte. Exemplarisch seien wiederum diejenigen des Kantonsoberrappellationsgerichts aufgeführt: Art. 7 OAGO Graubünden/1816 bestimmt drei Ausstandsgründe: Erstens waren Verwandtschaft und Schwägerschaft bis in den dritten Grad zwischen Richtern und Parteien untersagt, was der Regelung aus dem Organisationsreglement des Gerichts von 1808 entspricht. Zweitens durfte keiner der Richter bereits in früherer Instanz in der gleichen Sache geurteilt haben, was der Idee von Art. 11 des OG Graubünden/1801 gleichkommt. Drittens durfte keiner der Richter als Parteienvertreter in derselben Sache vor einem anderen Gericht aufgetreten sein. Schliesslich hält der Artikel generalklauselartig fest, dass andere «im rechten gültige Ausstandsgründe» ebenfalls berücksichtigt werden sollten, was freilich eine offene und daher wenig griffige Regelung war. Als Wählbarkeitsvoraussetzungen werden bestimmte Wohnsitze, in den entsprechenden Bünden, Konfessionszugehörigkeiten oder aber Mitgliedschaft in Porten und Speditionen erwähnt.

4. Kanton St. Gallen

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

Mit der Verfassung vom 31. August 1814 (KV St. Gallen/1814) hielt auch im Kanton St. Gallen die Restauration Einzug. Die Kantonsorganisation mit acht Bezirken wurde beibehalten, die Zahl der Kreisgemeinden auf 24 reduziert.²⁰² Der Instanzenzug für Zivil- und Strafrechtsfälle sah nach wie vor ein dreistufiges System von Kreisgerichten,²⁰³

¹⁹⁷ Art. 13 Geschäftsordnung des Kleinen Rats von 1823.

¹⁹⁸ Schwarz, 246 (Fn. 107).

¹⁹⁹ Vgl. 5.1.1 Gerichtsorganisation und Instanzenzug in der Mediationszeit.

²⁰⁰ Vgl. Schwarz, 253f. (Fn. 107).

²⁰¹ Ders., 266ff.

²⁰² Art. 1 KV St. Gallen/1814.

²⁰³ Art. 18 KV St. Gallen/1814.

Bezirksgerichten²⁰⁴ und einem kantonalen Appellationsgericht²⁰⁵ vor. Daneben gab es ab 1820 ein Kriminalgericht.²⁰⁶

Die für geringe zivil- und strafrechtliche Angelegenheiten zuständigen Kreisgerichte bestanden aus fünf Richtern,²⁰⁷ welche direkt vom Wahlkreis gewählt wurden und unter welchen die Kantonsregierung einen Kreisammann wählte, welcher neben anderen Aufgaben das Kreisgericht präsidierte.²⁰⁸ Die Bezirksgerichte urteilten teils erst- und teils letztinstanzlich in bürgerlichen Angelegenheiten.²⁰⁹ Es handelte sich dabei um ein neunköpfiges Gremium, welches auf einen kombinierten dreifachen Vorschlag von Wahlmännern aus den Bezirken und dem Appellationsgericht auf neun Jahre gewählt wurde. Wiederwahl war zulässig.²¹⁰ Der von der Kantonsregierung ernannte Bezirksstatthalter fungierte dabei als Aufsichtsinstanz für die Gemeindeverwaltungen und Polizeibehörden in seinem Bezirk. In Kriminalangelegenheiten urteilte ab 1820 das kantonale Kriminalgericht erster Instanz. Es setzte sich aus einem Präsidenten und sechs Richtern zusammen.²¹¹ Das Appellationsgericht bestand schliesslich aus dreizehn Mitgliedern, welche durch den Grossen Rat aus den Kantonsbürgern auf neun Jahre gewählt wurden, wobei Wiederwahl zulässig war.²¹² Es urteilte endgültig in allen Zivil- und Strafrechtsfällen. Auch Malefizangelegenheiten standen zweit- und letztinstanzlich in seiner vollen Kompetenz.²¹³ Der Grosse Rat konnte einzig und auf Vorschlag des Kleinen Rats Begnadigungen aussprechen.²¹⁴ Bemerkenswert ist auch die Verankerung einer Revisionsmöglichkeit in Straffällen. So konnte ein Angeschuldigter oder Verurteilter an das ihn verurteilende Gericht gelangen und einen «neuen Untersuch begehren, sobald neue, in den vorigen Akten noch unentwickelte, wesentliche Umstände, Anzeigen oder Beweise zum Vorschein kommen, welche den wider [ihn] obwaltenden Verdacht heben, die Strafe mildern, abändern, oder gar ihre Unschuld bestellen könnten»²¹⁵. Der Revisionsentscheid des Kriminalgerichts unterlag dabei der Berufung ans Appellationsgericht.²¹⁶

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Voraussetzungen zur Wahlfähigkeit in ein richterliches Amt finden sich in Art. 33ff. KV St. Gallen/1814. So mussten Kreisrichter mindestens 30 Jahre alt sein und über ein Ver-

²⁰⁴ Art. 25 KV St. Gallen/1814.

²⁰⁵ Art. 26 KV St. Gallen/1814.

²⁰⁶ Art. 160 Gesetz über das rechtliche Verfahren bei Verbrechen vom 28. April 1820 (StGB St. Gallen/1820).

²⁰⁷ Art. 18 KV St. Gallen/1814.

²⁰⁸ Art. 24 KV St. Gallen/1814.

²⁰⁹ Art. 25 KV St. Gallen/1814.

²¹⁰ Art. 44 KV St. Gallen/1814.

²¹¹ Art. 161 StGB St. Gallen/1820.

²¹² Art. 43 KV St. Gallen/1814.

²¹³ Art. 26 KV St. Gallen/1814.

²¹⁴ Art. 22 Ziff. 7 KV St. Gallen/1814.

²¹⁵ Art. 256 StGB St. Gallen/1820.

²¹⁶ Art. 256 i.V.m. Art. 257 StGB St. Gallen/1820.

mögen von 800 Schweizer Franken verfügen.²¹⁷ Darüber hinaus setzten sich die Kreisgerichte in den Bezirken Obertoggenburg, Untertoggenburg, Sargans und Rheintal paritätisch aus Katholiken und Reformierten zusammen, solange der Anteil einer Konfession nicht unter einen Drittel der Kreisbevölkerung sank, was eine Reduktion der entsprechenden Richterstellen auf einen Drittel zur Folge gehabt hätte resp. unter einen Sechstel der Kreisbevölkerung, womit nur noch der Anspruch auf einen Richter hätte gestellt werden können.²¹⁸ Der überwiegend vertretenen Konfession kam dabei immer die fünfte Richterstelle zu. Die Bezirksgerichte in den vier genannten Bezirken setzten sich ebenso paritätisch zusammen, wobei die überwiegende Konfession einen Richter mehr stellen sollte.²¹⁹ Bezirksrichter mussten Bürger und Besitzer von 2'000 Schweizer Franken sein. Für das kantonale Appellationsgericht galt hinsichtlich der Religionszugehörigkeit dieselbe Regelung wie für die Bezirksgerichte.²²⁰ Überdies konnte nur Oberrichter werden, wer über ein Vermögen von 6'000 Schweizer Franken und fünfjährige Gerichts- oder Verwaltungserfahrung verfügte.²²¹ Kriminalrichter durften mit dem Angeklagten oder dem Opfer bis in den dritte Grad weder verwandt noch bis in den zweiten Grad verschwägert oder selbst Prozesspartei sein.²²² Überdies enthält Art. 165 StGB St. Gallen/1820 eine Generalklausel zum Ausstand von befangenen Kriminalrichtern, welche dem Angeklagten das Recht einräumen, die Unvoreingenommenheit eines Richters aus guten Gründen in Frage zu stellen. Das Kriminalgericht entschied unter Ausstand des beanstandeten Richters über den Einwand. Diese Bestimmung stellt für die damalige Zeit eine fortschrittliche Ausstandsregelung dar.

V. REGENERATION 1830-1848

Zwar machen die eidgenössischen Verfassungsentwürfe von 1832 und 1833, welche die Errichtung eines Bundesgerichts vorsahen, deutlich, dass bereits in der frühen Regenerationszeit liberal-rechtsstaatlich denkende Juristen die bundesweite Zentralisierung und Konzentration der Gerichtsbarkeit jedenfalls für bestimmte Rechtsgebiete zum Desiderat erhoben. Jedoch fanden sich für die neuen Bundesurkunden aufgrund zunehmender Polarisierung zwischen konservativen, liberalen und radikalen Kräften keine Mehrhei-

²¹⁷ Art. 35 KV St. Gallen/1814.

²¹⁸ Art. 28 i.V.m. Art. 29 KV St. Gallen/1814. Offen lässt die Bestimmung freilich, wie die Drittelsbesetzung eines fünfköpfigen Gerichts ausgesehen hätte, da der sich in der Minderheit befindliche Konfessionsteil Anrecht auf 1.67 Richterstellen gehabt hätte. Würde dieses Anrecht auf zwei Richterstellen aufgerundet, entspräche dies der Anzahl Richterstellen für die sich in der Minderheit befindliche Konfession in der Normalsituation, d.h. bei über einem Drittel Konfessionsanteil an der Bevölkerung, da die fünfte Richterstelle der sich in der Mehrheit befindenden Konfession zufällt. Rundet man das Anrecht von 1.67 Richterstellen aber auf einen Richter ab, entspräche dies im Ergebnis der Situation, in welcher eine Konfession von weniger als einem Sechstel der Bevölkerung getragen wird. Die Bestimmung zur Drittelssteilung ist hinsichtlich der Kreisgerichte damit überflüssig.

²¹⁹ Art. 28 KV St. Gallen/1814.

²²⁰ Art. 30 KV St. Gallen/1814.

²²¹ Art. 43 KV St. Gallen/1814.

²²² Art. 165 StGB St. Gallen/1820.

ten. Die politischen Spannungen unterliefen auch alle Bemühungen, die eidgenössischen Organe mit weiteren Kompetenzen im Bereich der Gerichtsbarkeit auszustatten.²²³

Die Gerichtsorganisation jedenfalls der regenerierten Kantone erfuhr nach 1830 tiefgreifende Neuerungen. Die besondere Stellung der Judikative und die Unabhängigkeit der Gerichte wurden massiv ausgebaut. Zwar waren nach wie vor die Grossen Räte für die Wahl der Appellationsrichter zuständig – bis heute werden die Angehörigen der zweitinstanzlichen Gerichte vom Parlament gewählt – und Grossräte waren regelmässig als Richter wählbar, doch wird nun explizit die Einflussnahme auf die Urteilstätigkeit durch Grosse oder Kleine Räte zurückgedrängt. Die Überwachung der Gerichte durch die Grossen Räte beschränkt sich fortan auf die Justizverwaltung.²²⁴ Dagegen oblag den Appellationsgerichten die Oberaufsicht über die unteren Gerichte und die Rechtspflege im Kanton. Für die Appellationsgerichte wurde in zunehmendem Mass eine juristische Ausbildung oder mehrjährige praktische Erfahrung als Richter erwartet. Die Gründung von Universitäten in Zürich und Bern 1833 und 1834 begünstigte die Professionalisierung des Richterstandes. Insbesondere die Präsidenten der Appellationsgerichte gehörten fortan zunehmend dem Juristenstand an, ohne dass dies eine explizite Voraussetzung gewesen wäre. In Basel-Land mussten Appellationsrichter bereits Mitglied eines anderen Gerichts gewesen sein oder vier Jahre Erfahrung als Beamter oder Rechtsstudent mitbringen, ähnlich die Verfassungen von Thurgau (1831) und Waadt (1831). Regenerierte Kantone sahen von speziellen Fähigkeitsvoraussetzungen ab.²²⁵ Im Kanton Zürich entbrannte in den 1830er-Jahre ein Streit über die übermässig mit Juristen besetzten Richterstellen, welche unter der Führung des Obergerichtspräsidenten Friedrich Ludwig Keller angeblich ein Juristenrecht fern vom Volksrecht zu installieren versuchten.²²⁶ Vor allem in der von Regierungsrat Heinrich Escher angeführten konservativ-demokratischen Bewegung wird dieser Vorwurf ab 1834 deutlich laut, kann sich mittelfristig aber nicht durchsetzen.²²⁷ Vielmehr sehen bereits 1840 sieben Kantone für die Richterstelle am Obergericht Rechtserfahrung, ein abgeschlossenes Rechtsstudium oder richterli-

²²³ Erst mit dem Sonderbundkrieg 1847, einem Bürgerkrieg, der im Ergebnis die Schaffung eines liberalen Bundesstaates möglich machte, wurden Verhältnisse geschaffen, welche eine minimale bundesstaatliche Vereinheitlichung einzelner Rechtsgebiete sowie der höchsten Gerichtsbarkeit ermöglichten. Einschränkung ist allerdings hervorzuheben, dass auch das erste Bundesgericht 1850 nicht als ständiges Gericht eingesetzt wurde und seine Zuständigkeit sich entsprechend den sehr begrenzten Kompetenzen des Bundes auf wenige Rechtsgebiete beschränkte. So betraf ein Grossteil aller Fälle bis zur Verfassungstotalrevision von 1874 Expropriationen im Zusammenhang mit dem Eisenbahnbau, zumal hierfür eine bundesrechtliche Zuständigkeit bestand. Vgl. weiterführend G. Seferovic, *Das Schweizerische Bundesgericht 1848-1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*, (= Dissertation Universität Zürich), Zürich 2010.

²²⁴ His II, 329f. (Fn. 5).

²²⁵ Ders., 330f.

²²⁶ Vgl. Th. Weibel, *Friedrich Ludwig Keller und das Obergericht des Kantons Zürich*, (= Schrift aus Anlass des Jubiläums 175 Obergericht des Kantons Zürich), Obergericht des Kantons Zürich (Hrsg.), Zürich 2006, 95ff. zu diesem stellvertretend zwischen Regierungsrat Heinrich Escher und Obergerichtspräsident Friedrich Ludwig Keller geführten Disput.

²²⁷ Weibel, 95ff. (Fn. 226).

che bzw. behördliche Erfahrung vor.²²⁸ Die Mehrheit der regenerierten Kantone führte sechsjährige Amtsperioden vorerst mit einer Amtszeitbeschränkung von maximal 18 Jahren ein.²²⁹ In den regenerierten Kantonen wurden als oberste Instanz für Nichtigkeitsbeschwerden gegen die Urteile der Appellationsgerichte zusätzlich Kassationsgerichte eingesetzt.

Auf unterster Stufe behielten mehrere Kantone auch nach 1830 die Friedensgerichte bei, welche Bagatellfälle beurteilten und in den übrigen Zivilfällen zu vermitteln hatten. Als erstinstanzliche Gerichte waren die Amts- oder Bezirksgerichte zuständig. Die kriminalrechtliche Strafgerichtsbarkeit kam in manchen Kantonen besonderen Kriminalgerichten zu. Einzelne Kantone führten neu für die Beurteilung strittiger Kriminalfälle überdies Geschworenengerichte ein. Ansonsten wurden die Sondergerichte der Restaurationszeit sukzessive abgeschafft. Bald haftete den Verbliebenen etwas Exotisches an. In Basel hatten in den 1830er Jahren die Bau- und Waisengerichte noch Fortbestand, ebenso die Gescheide als Spezialgericht für zivilrechtliche Grenzstreitigkeiten. Schaffhausen behielt vorläufig die Waisengerichte bei. Die geistlichen Gerichte wurden dagegen abgeschafft bzw. in den katholischen und paritätischen Kantonen nicht mehr in staatlicher Funktion anerkannt. Hinsichtlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit hätte der Regenerationsepoche mit ihrem liberalen und rechtsstaatlichen Selbstverständnis das Anliegen eines gerichtlich gesicherten Rechtsschutzes des Individuums gegenüber dem Staat durchaus wohl angestanden. Diese Erwartung hat sich aber nicht verwirklicht. Weshalb diese Auffassung politisch nicht zum Durchbruch gelangte, erklärt der Basler Staatsrechtler Eduard His damit, die Regeneration hätte „mit der reinen Volkssouveränität und den zahlreichen Freiheitsrechten auch einen stärkern Glauben an die Unfehlbarkeit des Staates und seiner Organe“²³⁰ gebracht.

1. Kanton Zürich

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

Mit der Verfassung vom 23. März 1831 gibt sich der Kanton Zürich eine Grundlage, welche eine Gewaltenteilung vorsieht, die diesen Namen auch verdient. Die Gerichtsorganisation und Rechtspflege erlebte unter der Führung des ersten neuen Obergerichtspräsidenten (1831-1837), Friedrich Ludwig Keller,²³¹ eine Entwicklung hin zu materiell und formell rechtsförmigen Verfahren und grösserer Unabhängigkeit der Gerichte.²³² Letzteres war auch durch die neue Verfassung begünstigt und manifestierte sich im Organi-

²²⁸ M. Kradolfer, *Justitias „Emancipation“ – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizer Eidgenossenschaft 1798-1844*, (= Dissertation Universität St. Gallen), Zürich/St. Gallen 2011, 278ff.

²²⁹ His II, 332 (Fn. 5). Vgl. für eine Übersicht zur Amtsdauer Kradolfer, 278f. (Fn. 228).

²³⁰ His II, 338 (Fn. 5).

²³¹ Vgl. zur Person von Friedrich Ludwig Keller und dessen Einfluss auf Rechtspflege des Kantons Zürich während der Regeneration Fritsche, 35ff. (Fn. 12).

²³² Vgl. exemplarisch Art. 59 Kantonsverfassung des Kantons Zürich vom 23. März 1831 (KV Zürich/1831) sowie Kradolfer, 226 (Fn. 228).

schen Gesetz über das Gerichtswesen im Allgemeinen und die bürgerliche Rechtspflege im Besonderen vom 27. Brachmonat 1831.

Insbesondere sticht die Trennung von zivil- und strafrechtlicher Gerichtsbarkeit ins Auge. Kriminalfälle wurden erstinstanzlich von einem kantonalen, fünfköpfigen Kriminalgericht beurteilt und letztinstanzlich vom Obergericht entschieden.²³³ Die Kriminalrichter wurden vom Grossen Rat auf die Dauer von sechs Jahren gewählt und waren wiederwählbar.²³⁴ Ein kantonales Kriminalgericht stellte ein Novum dar. Ansonsten wurden Straffälle erstinstanzlich je nach Schwere vom Zunft- oder Bezirksgericht beurteilt. Eine Aufzählung der Straftatbestände und der daraus folgenden Zuständigkeit findet sich in den Art. 1-3 des Gesetzes über die Strafrechtspflege vom 10. Brachmonat 1831. Bemerkenswert ist, dass ein einheitlicher Strafraum festgelegt wurde, in welchem die Strafen der Gerichte zu ergehen hatten. So konnte das Kriminalgericht im äussersten Fall die Todesstrafe aussprechen,²³⁵ das Bezirksgericht konnte Bussen bis 200 Schweizer Franken²³⁶ und Gefängnisstrafen bis vier Monaten verhängen²³⁷ und dem Zunftgericht war die Strafkompetenz für Bussen bis 24 Schweizer Franken²³⁸ und Gefängnis bis sechs Tagen gegeben.²³⁹ Die Urteile waren dabei jeweils einmal an die nächste Instanz weiterziehbar, welche dann abschliessend urteilte.²⁴⁰ Weiter zu bemerken ist, dass die peinliche Befragung im Kanton Zürich 1831 erstmals explizit und gänzlich untersagt wurde.²⁴¹ Diese beiden Neuerungen zeigen exemplarisch auf, dass nicht nur die Organisation der Gerichte gegenüber der Restauration grundlegend modernisiert wurde, sondern auch diverse prozessrechtliche und verfahrensmässige Innovationen Einzug in die Rechtspflege fanden.²⁴²

Zählt man die Friedensrichter mit, welche als erste Anlaufstelle eine gütliche Lösung finden sollten,²⁴³ sah die zivilrechtliche Gerichtsorganisation ab 1831 wieder vier Instanzen vor. Die Friedensrichter wurden von den Gemeindeversammlungen gewählt,²⁴⁴ blieben vier Jahre im Amt²⁴⁵ und waren wiederwählbar.²⁴⁶ Erste gerichtliche Instanz bildeten nach 1831 wie vor der Restaurationsepoche die Zunftgerichte, welche lokale Zivilangelegenheiten bis zu einem Streitwert von 160 Schweizer Franken erstinstanzlich erledig-

²³³ Art. 66 i.V.m. Art. 68 KV Zürich/1831.

²³⁴ Art. 98 i.V.m. 99 Gesetz über die Strafrechtspflege vom 10. Brachmonat 1831 (GS Zürich/1831).

²³⁵ Art. 4 Ziff. 1 lit. a GS Zürich/1831.

²³⁶ Art. 5 lit. m GS Zürich/1831.

²³⁷ Art. 5 lit. a GS Zürich/1831.

²³⁸ Art. 6 lit. d GS Zürich/1831.

²³⁹ Art. 6 lit. a GS Zürich/1831.

²⁴⁰ Art. 35 i.V.m. Art. 46 GS Zürich/1831.

²⁴¹ Art. 85 GS Zürich/1831.

²⁴² Vergleiche Fritsche (Fn. 12) für die Reformen in der Strafrechtspflege (53ff.) und im Zivilprozesswesen (47ff.).

²⁴³ Art. 74 KV Zürich/1831 i.V.m. Art. 1 Organischen Gesetz über das Gerichtswesen im Allgemeinen und die bürgerliche Rechtspflege im Besonderen vom 7. Brachmonat 1831 (OG Zürich/1831).

²⁴⁴ Art. 3 OG Zürich/1831.

²⁴⁵ Art. 1 OG Zürich/1831.

²⁴⁶ Art. 6 OG Zürich/1831.

ten²⁴⁷ und sich aus fünf Richtern zusammensetzten.²⁴⁸ Diese wurden von den Bürgern des Gerichtskreises für vier Jahre gewählt und waren wiederwählbar.²⁴⁹ Zwei benachbarte Zünfte konnten bei Bedarf per Gesetz vereint werden und im Stadtgebiet gab es nach wie vor das Stadtgericht anstelle eines Zunftgerichtes.²⁵⁰

Alle Urteile der Zunftgerichte konnten dabei an das zuständige der fünf Bezirksgerichte weitergezogen werden, welche letztinstanzlich über alle von den Zunftgerichten behandelten Zivilstreitigkeiten urteilten.²⁵¹ Das Bezirksgericht setzte sich aus fünf Richtern zusammen, im Bezirk Zürich aus deren sieben,²⁵² welche von der Bezirksversammlung auf sechs Jahre gewählt wurden und wiederwählbar waren.²⁵³ Das Bezirksgericht hatte relativ weitgehende Befugnisse. Zivilprozesse mit einem Streitwert von über 160 Schweizer Franken wurden vom Bezirksgericht erstinstanzlich behandelt und unterlagen der Appellation ans Obergericht.²⁵⁴ Ebenso wurden Streitfälle, welche die Kompetenzen der Zunftgerichte überstiegen, insbesondere Ehesachen und Paternalitätssachen sowie Auffallspendenzen (Konkurse) erstinstanzlich vom Bezirksgericht behandelt und appellationshalber vom Obergericht entschieden.²⁵⁵ Spezielle Ehegerichte waren nicht mehr vorgesehen, wobei als Relikt der früheren (teilweisen) geistlichen Gerichtsbarkeit in Ehesachen die Prozesseinleitung den Stillständen überlassen blieb.²⁵⁶ Schliesslich konnte man sich beim Bezirksgericht über Fehler in Form und Rechtsgang der Zunftgerichte und der Friedensrichter beim Bezirksgericht beschweren.²⁵⁷

Höchste Instanz in allen formellen und materiellen Rechtsfragen war schliesslich das Obergericht,²⁵⁸ welches als Appellationsgericht für erstinstanzliche Entscheide der Bezirksgerichte und für alle Entscheide des Kriminalgerichts amtierte sowie Beschwerdeinstanz für Fehler dieser beiden Gerichte war.²⁵⁹ Das Obergericht setzte sich aus elf Richtern zusammen²⁶⁰, denen zehn Ersatzrichter zugeordnet waren.²⁶¹ Als Neuerung war das Amt des Oberrichters nicht mehr an den Einsitz im Grossen Rat gebunden, was als bedeutender Schritt im Sinne der Verwirklichung der Gewaltenteilung zu verstehen ist.²⁶² Gewählt wurden die Oberrichter vom Grossen Rat auf sechs Jahre bei Wiederwahlbar-

²⁴⁷ Art. 41 OG Zürich/1831.

²⁴⁸ Art. 33 OG Zürich/1831.

²⁴⁹ Art. 34 OG Zürich/1831.

²⁵⁰ Art. 32 OG Zürich/1831.

²⁵¹ Art. 58 OG Zürich/1831.

²⁵² Art. 50 OG Zürich/1831.

²⁵³ Art. 51 OG Zürich/1831.

²⁵⁴ Art. 58 OG Zürich/1831.

²⁵⁵ Art. 59 i.V.m. Art. 72 OG Zürich/1831.

²⁵⁶ Art. 74 lit. a OG Zürich/1831; FRITSCHKE, 46 (Fn. 12).

²⁵⁷ Art. 60 OG Zürich/1831.

²⁵⁸ Art. 66 KV Zürich/1831.

²⁵⁹ Art. 93 OG Zürich/1831.

²⁶⁰ Art. 66 KV Zürich/1831.

²⁶¹ Art. 88 OG Zürich/1831.

²⁶² Art. 88 OG Zürich/1831.

keit.²⁶³ Verwaltungsrechtliche Streitigkeiten wurden auch in der Regenerationsperiode nach wie vor verwaltungsintern und letztinstanzlich vom exekutiven Regierungsrat, dem früheren Kleinen Rat, entschieden.²⁶⁴

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Die Wählbarkeitsvoraussetzungen für ein Richteramt waren in den einschlägigen Gesetzen für die Regenerationsperiode klar festgelegt. Fürsorgebedürftige, Bevormundete, Kriminelle und Vorbestrafte waren vom Richteramt ausgeschlossen.²⁶⁵ Zudem gab es Regelungen zur familiären Unvereinbarkeit für sämtliche Gerichte: Vater und Sohn, Schwiegervater und Tochtermann (Schwiegersohn), Brüder oder Schwäger durften nicht in derselben richterlichen Behörde sitzen.²⁶⁶ Darüber hinaus musste ein Friedensrichter 25 Jahre alt und entweder Bürger der ihn wählenden Gemeinde sein oder alternativ Kantonsbürger von Zürich und gleichzeitig Grundeigentümer in der betreffenden Gemeinde sein sowie Wohnsitz am Wahlort haben oder nach der Wahl nehmen.²⁶⁷ Für Richter der Zunftgerichte galten dieselben Voraussetzungen bezüglich Alter und Bürgerrecht.²⁶⁸ Hinzu kamen für Zunftrichter Unvereinbarkeitsregelungen gemäss Art. 35 OG Zürich/1831, welche Statthaltern, Bezirksräten und Gemeindeammännern die Tätigkeit als Richter am Zunftgericht verwehrten. Dies ist wiederum Ausdruck der Einzug haltenden Gewaltenteilung. Für Bezirksrichter finden sich bis auf die allgemeinen Wahlvoraussetzungen aus Art. 24 KV Zürich/1831 interessanterweise keine spezifischen Wahlvoraussetzungen. Unvereinbar war das Bezirksrichteramt indes mit dem Amt eines Statthalters, Bezirksamts oder Gemeindeammanns. Ausserdem blieb den Advokaten die Wahl ins Bezirksgericht verwehrt.²⁶⁹ Die Oberrichter mussten mindestens 30 Jahre alt sein.²⁷⁰ Unvereinbarkeitsregelungen finden sich erstaunlicherweise keine. Nur für die Ersatzrichter werden relativ hohe Unvereinbarkeitsregelungen aufgestellt. So darf ein Ersatzmann – bis auf die Mitgliedschaft im Grossen Rat oder das Präsidialamt, keine anderweitige amtliche Funktion in Kanton oder Bezirk wahrnehmen; er durfte insbesondere nicht Mitglied oder Schreiber des Kriminalgerichtes, eines Bezirksgerichtes oder eines Zunftgerichtes oder Gemeindeammann sein. Kriminalrichter schliesslich mussten als einzige Voraussetzung das 30. Altersjahr erreicht haben.²⁷¹ Unvereinbarkeitsbestimmungen zum Kriminalgericht finden sich weder in der Verfassung noch in den Gesetzen. Hinsichtlich der juristischen Vorkenntnisse potentieller Richter finden sich in Zürich keine explizi-

²⁶³ Art. 88 OG Zürich/1831.

²⁶⁴ Art. 57 KV Zürich/1831.

²⁶⁵ Vgl. für eine vollständige Aufzählung der negativen Wahlvoraussetzungen Art. 24 KV Zürich/1831.

²⁶⁶ Art. 65 KV Zürich/1831.

²⁶⁷ Art. 5 OG Zürich/1831.

²⁶⁸ Art. 35 OG Zürich/1831.

²⁶⁹ Art. 51 OG Zürich/1831.

²⁷⁰ Art. 61 KV Zürich/1831 i.V.m. Art. 88 OG Zürich/1831.

²⁷¹ Art. 68 OG Zürich/1831.

ten Voraussetzungen, obwohl viele Richterstellen durch Juristen besetzt sind, insbesondere am Obergericht.²⁷²

2. Kanton Luzern

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

Mit der Verfassung vom 5. Januar 1831 (KV Luzern/1831) gibt sich der Zentralschweizer Kanton eine moderne Verfassung mit etlichen Neuerungen. Ins Auge stechen die verfassungsmässigen Rechte jedes Bürgers²⁷³ sowie die explizite Verankerung der Gewaltenteilung, v.a. der vollziehenden und der richterlichen Organe.²⁷⁴ Der Kanton ist weiterhin in fünf Ämter und 18 Gerichtskreise eingeteilt, letztere sind in Gemeinden gegliedert.²⁷⁵ Grössere Gemeinden resp. mehrere kleinere Gemeinden zusammen hatten neu einen Friedensrichter, der gleichzeitig Bezirksrichter sein musste.²⁷⁶ Der Friedensrichter vermittelte dabei in allen zivilen Streitigkeiten, wobei er bei gescheitertem Sühneversuch zwei Beisitzer zuzog und dieses Friedensgericht bis zu einer Streitsumme von 20 Schweizer Franken inappellabel entschied.²⁷⁷

Jeder Gerichtsbezirk verfügte über ein Bezirksgericht, bestehend aus sechs bis acht Richtern und einem Präsidenten.²⁷⁸ Die Richter wurden in den Friedensrichterkreisen für sechs Jahre als Friedensrichter gewählt und waren damit automatisch Mitglieder des Bezirksgerichts. Blieben nach der so erfolgten Wahl noch Bezirksrichterstellen zu besetzen, geschah dies in direkter Wahl durch die Einwohner des betreffenden Bezirks.²⁷⁹ Das Bezirksgericht richtete alle Zivilstreitigkeiten mit Streitwert zwischen 20 und 150 Schweizer Franken inappellabel, bei Fällen mit strittiger Summe von über 150 Schweizer Franken erstinstanzlich.²⁸⁰ Darüber hinaus amtete ein aus Präsident, zwei Richtern und dem Gerichtsschreiber bestehender Ausschuss des Bezirksgerichts als Konkurs- und Liquidationsgericht.²⁸¹ Bis zu einer Konkursmasse von 20 Schweizer Franken richtete der Ausschuss inappellabel bis 150 Schweizer Franken das Bezirksgericht in Vollbesetzung und bei Konkursmassen mit höherem Betrag war die Appellation ans kantonale Appellationsgericht zulässig.²⁸² Neben zivil- und konkursrechtlichen Prozessen waren die Bezirksgerichte auch für strafrechtliche Delikte erstinstanzlich zuständig. Ihre Kompetenz war bis zu einer Busse bzw. Schadenersatzsumme von 32 Schweizer Franken endgültig.

²⁷² Vgl. zu dieser Frage Weibel, 104ff. (Fn. 226) und Fritsche, 37f. (Fn. 12), wobei vor allem die juristischen Vorkenntnisse von Richtern hinsichtlich formaler Aspekte Gegenstand des Streits war.

²⁷³ Art. 4-10 KV Luzern/1831.

²⁷⁴ Art. 16 KV Luzern/1831.

²⁷⁵ Art. 3 Organisches Gesetz des Kantons Luzern vom 3. Heumonats 1831 (OG Luzern/1831).

²⁷⁶ Art. 9 i.V.m. Art. OG Luzern/1831.

²⁷⁷ Art. 18. i.V.m. Art. 19 OG Luzern/1831.

²⁷⁸ Art. 10 OG Luzern/1831.

²⁷⁹ Art. 29 OG Luzern/1831.

²⁸⁰ Art. 20 OG Luzern/1831.

²⁸¹ Art. 20 OG Luzern/1831.

²⁸² Art. 20 OG Luzern/1831.

In leichten Fällen mit Busse bis 20 Schweizer Franken oder Schadenersatz bis 10 Schweizer Franken konnte ein Gerichtsausschuss aus Präsident, zwei Richtern und dem Gerichtsschreiber entscheiden.²⁸³ Schwerere Fälle konnten zweit- und letztinstanzlich ans Appellationsgericht weitergezogen werden.²⁸⁴

Das kantonale Appellationsgericht amtierte als Obergericht in Zivil- und Strafsachen und war gleichzeitig Aufsichtsbehörde der unteren Gerichtsinstanzen.²⁸⁵ Darüber hinaus urteilte es in Konkursfällen mit Streitwerten von über 32 Schweizer Franken endgültig.²⁸⁶ Schliesslich war es auch Kassationsgerichtshof für die unteren Gerichte.²⁸⁷ Es bestand aus dreizehn Mitgliedern inkl. einem Präsidenten aus seiner Mitte, wobei diese aus allen Kantonsbürgern durch den Grossen Rat gewählt wurden und die Wiederwahl zulässig war.²⁸⁸ In schweren, mit der Todesstrafe bedrohten Kriminalfällen wurde das Appellationsgericht in seiner ordentlichen Besetzung per Los durch sechs seiner acht Suppleanten ergänzt und so abschliessend über den Fall befunden.²⁸⁹ Das Begnadigungsrecht behielt sich der Grosse Rat weiterhin vor.²⁹⁰ Die Verwaltungsrechtspflege oblag auch inskünftig dem (auf 15 verkleinerten) Kleinen Rat letztinstanzlich resp. verwaltungsinternen Vorinstanzen. Ersterer war auch Aufsichtsbehörde der unteren Verwaltungsbehörden.²⁹¹

Zu erwähnen ist indes abschliessend die Verfassung des Kantons Luzern vom 1. Mai 1841 (KV Luzern/1841), welche die Gerichtsorganisation in den Grundzügen nicht veränderte, jedoch einige wichtige Neuerungen einführte. Insbesondere wurde ein kantonales fünfköpfiges Kriminalgericht eingesetzt, welches erstinstanzlich alle Kriminalverbrechen beurteilte.²⁹² Letzte Instanz in Kriminalfragen blieb nach wie vor das Appellationsgericht, welches seit 1841 als Obergericht bezeichnet wurde. Die Suppleantenregelung für die Beurteilung von Kapitaldelikten wurde abgeschafft. Es urteilte in Vollbesetzung nicht mehr mit dreizehn, sondern durch ein Kollegium aus elf Mitgliedern.²⁹³ Das Begnadigungsrecht verblieb beim Grossen Rat.²⁹⁴ Als Spezialgerichte wurden ein Kriegsgericht sowie ein besonderer Kassationshof installiert, um über von Militärangehörigen begangene Vergehen und Verbrechen zu urteilen.²⁹⁵ Eine geringfügige Än-

²⁸³ Art. 5 Gesetz über die Organisation und Verrichtungen der Bezirksgerichte vom 5. August 1831 (BG Luzern/1831).

²⁸⁴ Art. 20 OG Luzern/1831.

²⁸⁵ Art. 28 KV Luzern/1831.

²⁸⁶ Art. 20 OG Luzern/1831.

²⁸⁷ Art. 27 Geschäftsordnung des Appellationsgerichts des Kantons Luzern vom 22. Wintermonat 1831 (GO Luzern/1831).

²⁸⁸ Art. 15 i.V.m. Art. 44 i.V.m. Art. 49 KV Luzern/1831.

²⁸⁹ Art. 30 i.V.m. Art. 31 KV Luzern/1831.

²⁹⁰ Art. 18 KV Luzern/1831.

²⁹¹ Art. 23 KV Luzern/1831.

²⁹² Art. 73 KV Luzern/1841.

²⁹³ Art. 67 KV Luzern/1841.

²⁹⁴ Art. 50 KV Luzern/1841.

²⁹⁵ Art. 75 KV Luzern/1841.

derung war die Erhöhung der Richter an den Bezirksgerichten von maximal sieben auf sieben bis neun.²⁹⁶ Überdies waren die Friedensrichter nicht mehr automatisch als Bezirksrichter gewählt. Diese beiden Richterämter waren aber vereinbar.²⁹⁷

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Auf die generelle Trennung der vollziehenden und der richterlichen Gewalt in der Kantonsverfassung ist bereits hingewiesen worden.²⁹⁸ Es konnte also kein Mitglied des Kleinen Rats eine richterliche Funktion ausüben, auch nicht auf unterer Behördenstufe.²⁹⁹ Innerhalb der dritten Staatsgewalt konnten Appellationsrichter nicht gleichzeitig Friedens- oder Bezirksrichter sein.³⁰⁰ Unvereinbar war ganz generell jedes richterliche Amt mit der Stelle des Gemeindeammanns oder eines Amtsstatthalters.³⁰¹ Vater und Sohn, Brüder, Schwiegervater und Schwiegersohn und leibliche Schwäger durften in keiner richterlichen Behörde gleichzeitig vertreten sein.³⁰² Wählbar war grundsätzlich jeder Mann, der katholisch, Bürger und 25 Jahre alt sowie über ein Vermögen von 2'000 Schweizer Franken verfügte und nicht blödsinnig, vorbestraft oder bevormundet war.³⁰³ Die Verfassung von 1841 sah als einzige Änderung das Erreichen des 30. Altersjahres als Wahlerfordernis für das Amt eines Oberrichters vor.³⁰⁴

3. Kanton Graubünden

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

Das im Kanton Graubünden ausgeprägte historische Bewusstsein im Hinblick auf die Staatsorganisation und Rechtsentwicklung wirkt auch auf die Justizorganisation der Regenerationsperiode, indem die Gerichte und Hochgerichte keine systematisch wesentliche Änderung erfahren und auch das eher exotische Oberbundesgericht des Oberen Bundes grundsätzlich unverändert fortbesteht. Der Aktuar schliesst das letzte Protokoll des besagten Oberbundesgerichtes Jahre später am 30. Januar 1849 mit den Worten: «Der Präsident erklärt sonach die Sitzung des diesmaligen Appellationsgerichts für geschlossen, sowie überhaupt hiemit dieses seit bereits 400 Jahren bestehende Institut sein Ende erreicht hat. Sic transit gloria mundi». Bis dahin bestand das Oberbundesgericht fort. Ebenfalls unveränderten Fortbestand genoss der Kleine Rat und zweitinstanzlich die Standeskommission als Aufsichtsbehörde in Zivil- und Strafsachen.

²⁹⁶ Art. 76 KV Luzern/1841.

²⁹⁷ Art. 78 KV Luzern/1841.

²⁹⁸ Art. 16 KV Luzern/1831.

²⁹⁹ Art. 26 KV Luzern/1831.

³⁰⁰ Art. 42 OG Luzern/1831.

³⁰¹ Art. 36 OG Luzern/1831.

³⁰² Art. 55 KV Luzern/1831; Art. 42 OG Luzern/1831.

³⁰³ Art. 51 i.V.m. Art. 52 i.V.m. Art. 54 KV Luzern/1831.

³⁰⁴ Art. 68 KV Luzern/1841.

Die Gerichtsordnung des Kantonsoberappellationsgerichts wurde im Zeitraum der Regeneration einige Male revidiert, blieb inhaltlich aber weitgehend unverändert.³⁰⁵ Seine Funktion als Staatsgerichtshof in Staatsverbrechen wurde mit dem revidierten Organisationengesetz für den Kriminalgerichtshof vom 3. Juli 1843 präzisiert. Namentlich wurden Injurien gegenüber Behörden und Beamten sowie die Falschmünzerei als Staatsverbrechen neu ausgeschieden und in die Zuständigkeit des Kriminalgerichtshofes gewiesen.³⁰⁶ Instanzentechnisch von Interesse ist, dass der in Graubünden seit jeher bestehende Grundsatz der Inappellabilität strafrechtlicher Urteile explizit im letzten Artikel des Organisationgesetzes festgehalten wurde. 1839 wurde das Kantonsoberappellationsgericht mit der neuen Militärorganisation des Kantons Graubündes schliesslich noch als kantonales Kriegsgericht eingesetzt.³⁰⁷

Handelsstreitigkeiten, welche seit 1816 von der Transitkommission beurteilt wurden, sollten mit der Änderung der Transitordnung von 1833 gemäss Art. 12 in die Kompetenz eines neu zu schaffenden Handelsgerichtes fallen. Dieses wurde nach einiger Verzögerung durch die Beratung des dafür erforderlichen Organisationsreglements des Gerichts im Grossen Rat 1839 auf eine gesetzliche Grundlage gestellt, wobei es tatsächlich schon seit 1835 tagte. Es bestand aus fünf Richtern und fünf Ersatzrichtern, welche allesamt vom Grossen Rat aus den Kantonsbürgern auf drei Jahre bei zulässiger Wiederwahl gewählt wurden. Der Kleine Rat bestellte den Präsidenten aus der Mitte des Gerichts ebenfalls für drei Jahre. Beurteilt wurden Zivilstreitigkeiten bezüglich dem Transport von Kaufmannsgütern über die Bündner Pässe ab einem Streitwert von 100 Flurin. Ab 1'000 Flurin stand den Parteien die Appellation ans Kantonsoberappellationsgericht offen. Bagatelldelikte bis zu einer Schadenssumme von 20 Flurin wurden durch den Fuhrrichter, solche von 20 bis 100 Flurin von einem Ausschuss des Handelsgerichtes incl. des Fuhrrichters entschieden.³⁰⁸ Am 17. Juni 1851 wurde das überflüssig gewordene Handelsgericht vom Grossen Rat einstimmig aufgehoben.³⁰⁹

Hinsichtlich des Kriminaltribunals ist die Revision seines Organisationsreglements vom 18. Juni 1844 zu erwähnen, dessen bedeutende Neuerung darin lag, dass die unteren Gerichte nun alle Straffälle an das Kriminalgericht verweisen konnten, welche als besonders komplex oder aus anderen Gründen weiterweisungswürdig erschienen. Bis 1844 war dies nur in den Fällen möglich, welche explizit in einem Gesetz vorgesehen und durch Vermittlung des Kleinen Rats ans Kantonskriminalgericht gereicht worden waren. Diese Neuerung führte zu einer erheblichen Mehrbelastung des Kriminalgerichts in den letzten zehn Jahren seines Bestehens. Es wurde mit der neuen Kantonsverfassung vom 24. Weinmonat 1853 aufgehoben und ging im ehemaligen Kantonsoberappellationsgericht auf, das seither als Kantonsgericht bezeichnet wird.³¹⁰

³⁰⁵ Vgl. für weitergehende Detailangaben Schwarz, 214ff. (Fn. 107).

³⁰⁶ Schwarz, 219 (Fn. 107).

³⁰⁷ Ders., 222.

³⁰⁸ Ders., 227f.

³⁰⁹ Grossratsprotokoll vom 17. Juni 1851.

³¹⁰ Schwarz, 243 (Fn. 107).

In der Verwaltungsrechtspflege ist als erhebliche in den 1830er-Jahren aufkommende Neuerung die Bildung von Spezialverwaltungsgerichten aufzuführen. Insbesondere gab es ein Schiedsgericht für Streitigkeiten zwischen einer Gemeinde und ihren Beisassen (1834-1836),³¹¹ Streitfällen betreffend Expropriation, d.h. Enteignungen durch eine politische Gemeinde (ab 1836),³¹² für Unstimmigkeiten in der Holzflössung (1838-1908)³¹³ sowie für Atzungsloskaufsanstände, d.h. genossenschaftliche Weiderechten durch die Gemeinde (1851-1908).³¹⁴ Der Kleine Rat bzw. in Streitigkeiten die Holzflössung betreffend auch die Standeskommission³¹⁵ amtierten dabei oft als Rekursinstanzen und übernahmen in Streitfragen zwischen Gemeinden und ihren Beisassen ab 1836 den Platz des Schiedsgerichts ein.³¹⁶

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Da sich für den Kanton Graubünden nicht viele wesentliche Änderungen in der Gerichtsorganisation und damit verhältnismässig wenige Gesetzesrevisionen und insbesondere keine neue Erneuerung der Verfassung in der Regenerationszeit zu verzeichnen sind, blieben die spärlich und teilweise ziemlich offen formulierten Ausstandsregelungen und die marginalen Wählbarkeitsvoraussetzungen punkto Wohnsitz und Konfessionszugehörigkeit für Spezialgerichte auch im Zeitraum von 1830 bis 1848 unverändert.³¹⁷

4. Kanton St. Gallen

a. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

1831 gab sich der Kanton St. Gallen eine moderne, den Anforderungen eines liberalrechtsstaatlich regenerierten Staatswesens entsprechende Gerichtsorganisation, welche bereits deutlich an die gegenwärtige erinnert. Die Gewaltenteilung wurde in modernem Sinne auf Verfassungsstufe eingeführt und durchgesetzt.³¹⁸ V.a. die richterliche Unabhängigkeit wurde dabei weitgehend eingehalten. Die Gerichtsorganisation sah einen dreigliedrigen Instanzenzug von unteren Gerichten, Bezirksgerichten und einem Kantonsgericht vor, welcher durch einen vorgelagerten Vermittler in Friedensrichterfunktion ergänzt wurde. Ferner waren Militärgerichte erster und zweiter Instanz sowie ein Kassationshof vorgesehen.

Jede politische Gemeinde hatte jährlich einen Vermittler direkt zu wählen,³¹⁹ der in bürgerlichen und administrativen Fällen Rechtsfällen eine gütliche Einigung anstreben

³¹¹ Ders., 258ff.

³¹² Ders., 260f.

³¹³ Ders., 261f.

³¹⁴ Ders., 263.

³¹⁵ Ders., 262.

³¹⁶ Ders., 260.

³¹⁷ Vgl. 4.3.2 Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen in der Restaurationszeit.

³¹⁸ Art. 123ff. Verfassung des Kantons St. Gallen vom 1. März 1831 (KV St. Gallen/1831).

³¹⁹ Art. 103 i.V.m. Art. 109 KV St. Gallen/1831.

sollte.³²⁰ Seine Kompetenzen finden sich exemplarisch im Instruktionsgesetz für die Vermittler des Kantons St. Gallen vom 30. Dezember 1842 (IGV St. Gallen/1842): über liegendes Gut, über Fahrniseigentum, Erbschaften, Viehhandelsstreitigkeiten Genugtuungsklagen etc.³²¹ Erste gerichtliche Instanz waren die unteren Gerichte, wobei es sich dabei um reine Zivilgerichte handelte,³²² von denen es in jedem der neu fünfzehn Bezirke ein bis zwei, insgesamt 21, gab.³²³ Sie wurden mit fünf Richtern und drei Suppleanten mit einer Amtsdauer von vier Jahren besetzt³²⁴ und sprachen endgültig in zivilrechtlichen Angelegenheiten Recht bis zu einem Streitwert von 40 Gulden und erstinstanzlich bis zu 400 Gulden.³²⁵ Zivilprozesse mit einem Streitwert von mehr als 40 Gulden konnten ans Bezirksgericht weitergezogen werden, welches bis zu einer Streitsumme von 400 endgültig, ansonsten erstinstanzlich urteilte. Weiter war das Bezirksgericht die erste Instanz für administrative Angelegenheiten und damit gleichzeitig ein Zivil- und Verwaltungsgericht. In Streitfällen zwischen unteren verwaltenden und vollziehenden Behörden urteilte allerdings der Kleine Rat. Das Bezirksgericht bestand aus sieben Mitgliedern,³²⁶ wurde vom Bezirksvolk direkt für vier Jahre gewählt³²⁷ und war gegen Ende der Restaurationsperiode³²⁸ auch erste Konkursinstanz,³²⁹ wobei kleinere Fälle bis 4'000 Gulden vom Einzelrichter entschieden wurden.³³⁰ Verwaltungsmassnahmen unterlagen der Appellation an den Kleinen Rat, rechtliche Entscheide wurden auf den gerichtlichen Weg gewiesen.³³¹ Strafrechtsfälle wurden erstinstanzlich von einem fünfköpfigen kantonalen Kriminalgericht beurteilt,³³² das vom Grossen Rat auf sechs Jahre gewählt wurde.³³³ Die höchste Instanz in Zivil-, Straf- und Verwaltungsangelegenheiten war schliesslich das Kantonsgericht als umfassende Berufungsinstanz.³³⁴ Seine Mitglieder wurden vom Grossen Rat aus der Kreis aller Bürger des Kantons auf sechs Jahre gewählt.³³⁵ Es bestand aus elf Richtern und sechs Suppleanten und konnte in Vollbesetzung auch die Todesstrafe ausfällen.³³⁶

³²⁰ Art. 94 KV St. Gallen/1831.

³²¹ Vgl. Art. 2 und Art. 3 IGV St. Gallen/1842.

³²² Art. 88 i.V.m. Art. 89 KV St. Gallen/1831 e contrario.

³²³ Art. 90 i.V.m. Art. 92 KV St. Gallen/1831.

³²⁴ Art. 90 i.V.m. Art. 109 KV St. Gallen/1831.

³²⁵ Art. 90 KV St. Gallen/1831.

³²⁶ Art. 89 KV St. Gallen/1831.

³²⁷ Art. 101 i.V.m. Art. 109 KV St. Gallen/1831.

³²⁸ Art. 4 Gesetz über den Konkurs im Kanton St. Gallen vom 23. Januar 1845 (KG St. Gallen/1845).

³²⁹ Art. 2 KG St. Gallen/1845.

³³⁰ Art. 4 KG St. Gallen/1845.

³³¹ Art. 5 KG St. Gallen/1845.

³³² Art. 87 KV St. Gallen/1831.

³³³ Art. 99 i.V.m. Art. 109 KV St. Gallen/1831.

³³⁴ Art. 87 KV St. Gallen/1831.

³³⁵ Art. 99 i.V.m. Art. 109 KV St. Gallen/1831.

³³⁶ Art. 87 KV St. Gallen/1831.

Das Begnadigungsrecht und die Wiedereinsetzung von Bürgern in die bürgerlichen Ehren und Rechte waren dem Grossen Rat vorbehalten.³³⁷

Dem ordentlichen Gerichtsweg für die zivil-, straf- und verwaltungsrechtspflege nachgeordnet gab es einen vom Grossen Rat für sechs Jahre gewählten Kassationshof,³³⁸ der bei Form- oder Gesetzesverletzungen durch die Gerichte von der betroffenen Partei angerufen werden konnte.³³⁹ Sodann existierten mehrere Spezialgerichte: Die Militärgerichtsbarkeit war nach Militärgerichtsbezirken organisiert. Die Mitglieder der Militärbezirksgerichte wurden von den Dienstpflichtigen des Bezirks alle zwei Jahre gewählt.³⁴⁰ Das kantonale Militärobergericht wurde vom Grossen Rat ebenfalls alle zwei Jahre gewählt.³⁴¹ Die Militärbezirksgerichte setzten sich aus vier Offizieren, einem Unteroffizier und einem Soldaten oder Gefreiten zusammen³⁴² und urteilten bei geringen Militärvergehen erst- und letztinstanzlich.³⁴³ Schwere Vergehen wurden vom neunköpfigen kantonalen Militärgericht endgültig entschieden.³⁴⁴ Die neun Richter setzten sich aus vier Offizieren, zwei Unteroffizieren und einem Soldaten oder Gefreiten zusammen.³⁴⁵

b. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Hinsichtlich der Wahlvoraussetzungen gab es im konfessionsgespaltenen Kanton St. Gallen allgemeine Regeln zur Gerichtszusammensetzung hinsichtlich der Denomination der Richter. Im Kantonsgericht, dem Kassationshof und dem Kriminalgericht erhielt die sich in der Mehrheit befindende Konfession jeweils einen Sitz mehr als die sich in der Minderheit befindliche.³⁴⁶ In den Bezirken Obertoggenburg, Neutoggenburg, Alttoggenburg, Untertoggenburg, Unterrheinthal, Oberrheinthal und Werdenberg fand eine im Verhältnis zur Bevölkerung stehende konfessionelle Besetzung statt.³⁴⁷ Für alle richterlichen Behörden galt dabei ein Mindestalter von 25 Jahren,³⁴⁸ resp. von 30 Jahren für das Kantonsgericht und den Kassationshof. Folgenden Verwandtschaftsgrade bis in den vierten Grad waren unter Richtern allgemein untersagt: Vater und Sohn, Grossvater und Enkel, Brüder, Oheim und Neffe, Geschwisterkinder (Neffen) sowie Schwager und Tochtermann (Schwiegersohn).³⁴⁹ Für sämtliche Gerichte galt für den Präsidenten und den Schreiber dabei das Verbot, Vater und Sohn, Onkel und Neffe, Schwager oder Schwie-

³³⁷ Art. 66 KV St. Gallen/1831.

³³⁸ Art. 99 i.V.m. Art. 109 KV St. Gallen/1831.

³³⁹ Art. 93 KV St. Gallen/1831.

³⁴⁰ Art. 106 KV St. Gallen/1831.

³⁴¹ Art. 106 i.V.m. Art. 109 KV St. Gallen/1831.

³⁴² Art. 86 Militärstrafgesetz für die Truppen des Kantons vom 16. November 1832 (MG St. Gallen/1832).

³⁴³ Art. 95 KV St. Gallen/1831; Art. 94 MG St. Gallen/1832.

³⁴⁴ Art. 95 KV St. Gallen/1831; Art. 106 MG St. Gallen/1832

³⁴⁵ Art. 96 MG St. Gallen/1832.

³⁴⁶ Art. 117 KV St. Gallen/1831.

³⁴⁷ Art. 118 KV St. Gallen/1831.

³⁴⁸ Art. 119 KV St. Gallen/1831.

³⁴⁹ Art. 120 KV St. Gallen/1831.

gersohn zu sein.³⁵⁰ Das Amt als Militärbezirksrichter war mit jenem des kantonalen Militäroberrichters unvereinbar.³⁵¹ Schliesslich ist auf die angesprochene Gewaltenteilung in den Art. 123ff. KV St. Gallen/1831 hinzuweisen, welche etwa die Personalunion von Vermittler und Richter, Regierungsrat oder Bezirksammann und Richter oder gemeinhin eines Amtes einer vollziehenden und einer richterlichen Behörde untersagte. Die Trennung der Gewalten hatte sich im Kanton St. Gallen hinsichtlich der richterlichen Gewalt umfassend manifestiert, insbesondere auch in der Verwaltungsrechtspflege.

VI. KANTON APPENZEL AUSSERRHODEN

1. Appenzel Ausserrhoden als Sonderfall

Appenzel Ausserrhoden stellt im kantonalen Vergleich eine Besonderheit dar. Zeigt sich normalerweise eine mehr oder weniger klar abgegrenzte und teils durch Umbrüche und Stürze gekennzeichnete Zäsur in den Jahren 1814/15 (Restauration) und 1830/31 (Regeneration), so verläuft die Justizentwicklung im Kanton Appenzel Ausserrhoden äusserst kontinuierlich und traditionsbewusst. Mit Ausnahme der oktroyierten helvetischen Verfassung für die Zeit von 1798-1803, in welcher Appenzel Ausserrhoden zum Kanton Säntis gezählt wurde,³⁵² galt dort bis 1814 die Gerichtsverfassung von 1747, welche in diesem Jahr allerdings nur als Landgemeindebeschluss in das Landbuch aufgenommen worden war.³⁵³ Sie widerspiegelte eine damals schon über hundert Jahre gültige Tradition der Gerichtsbarkeit. Am 28. Juni 1814 erhielt der Kanton dann – weil dies gemäss dem Bundesvertrag der Kantone von 1814 erforderlich war –³⁵⁴ eine neue Verfassung, die aber nur sehr kurz und inhaltlich eine Reprise der veralteten Bestimmungen aus dem 17. Jahrhundert war³⁵⁵ und weder von der Landgemeinde noch vom Grossen Rat abgesegnet worden war.³⁵⁶ Die völlig veraltete und daher untaugliche Verfassung wurde verschiedentlich und mit unterschiedlichen Intentionen, v.a. hinsichtlich der Gewaltenteilung und der aristokratischen Ideen, diverse Male zu ersetzen versucht. Die Landgemeinde verwarf Revisionsanträge der Regierung in den Jahren 1816, 1820, 1821, 1831, 1833. 1820 wurde die Verfassung zwar vorübergehend ausser Kraft gesetzt, jedoch nur um stattdessen die auf traditionellen Gebräuchen beruhende Verfassung von 1747 (!) wie-

³⁵⁰ Art. 122 KV St. Gallen/1831.

³⁵¹ Art. 110 MG St. Gallen/1832.

³⁵² Vgl. dazu A. Bärlocher, Gerichtsorganisation und Zivilprozess im Kanton Säntis 1798-1803, St. Gallen 1940.

³⁵³ A. Meyer, Die Gerichtsorganisation im Kanton Appenzel-Ausserrhoden seit 1815, Zürich 1945, 18.

³⁵⁴ Art. 43 des provisorischen Bundesvertrags vom 8. September 1814.

³⁵⁵ Meyer, 21f. (Fn. 353).

³⁵⁶ Ders., 21. Anderer Ansicht ist P. Usteri, Handbuch des schweizerischen Staatsrecht, Aarau 1816, der die Verfassung an der Grossratssitzung vom 25. Juni 1814 genehmigt wissen wollte. An diesem Tag ist aber keine Sitzung des Grossen Rates vermerkt und auch in der Sitzung des Grossrats vom 23. Juni 1814 wird nichts über eine Verfassungsdiskussion resp. -genehmigung verzeichnet, weswegen die Ansicht von Usteri wenig überzeugend erscheint. Die Landgemeinde hat indes mit Sicherheit nie über die Verfassung von 1814 befunden.

der zu aktivieren. Hinsichtlich der Organisation der Gerichtsbarkeit wiesen die Verfassung von 1747 und jene von 1814 keine wesentliche Unterschiede auf, was eine Betrachtung der Gerichtsorganisation für den gesamten Zeitraum von 1803 - 1848 rechtfertigt.³⁵⁷

Die gesellschaftliche Entwicklung führte die Unzulänglichkeiten und die Unbrauchbarkeit der alten Verfassung(en) indes in den 1820er-Jahren immer drastischer vor Augen und initiierte schliesslich einen weiteren Revisionsanlauf. Am 31. August 1834 hiess die Landsgemeinde im zweiten Anlauf nach langem Hin und Her, Anpassungen und der Streichung von zwei Artikeln endlich eine auch inhaltlich neue Verfassung gut. In einem der zwei gestrichenen Artikel war die zu dieser Zeit überfällige Gewaltenteilung enthalten, so dass der Kanton Appenzell Ausserrhoden auch weiterhin noch bis ins Jahr 1858 über keine moderne, in Gewalten gegliederte Staatsorganisation verfügte.³⁵⁸ Die Revisionsbemühungen zur verfassungsrechtlich zentralen Gerichtsorganisation beziehen sich nur darauf, gar zu grossen Einfluss von mächtigen Familien oder Einzelpersonen in Gerichtsverfahren rudimentär einzudämmen.³⁵⁹ Von Gewaltenteilung, unabhängigen und sachlich unparteiischen Gerichten kann aber noch nicht gesprochen werden. Vielmehr galt der Grundsatz „Rat und Gericht sind eins“.³⁶⁰

Die untypische Entwicklung von Appenzell Ausserrhoden dient als Veranschaulichung dafür, dass die Gerichtsorganisation in der Schweiz seit Beginn des 19. Jahrhunderts zwar Fortschritte machte, es in den einzelnen Kantonen aber beträchtliche Unterschiede und bemerkenswerte Eigenheiten gab. Erst mit der Gründung der modernen Schweiz 1848 wird eine stärkere Homogenisierung der Staats- und Gerichtsorganisation möglich.

2. Gerichtsorganisation und Instanzenzug

Da im Kanton Appenzell Ausserrhoden bis auf die speziellen Ehegerichte³⁶¹ keine richterlichen Behörden im engeren Sinne bestanden, ist anfänglich die unter der Idee «Rat und Gerichte sind eins» zu verstehende Kantonsorganisation aufzuzeigen.³⁶² Es waren mit der Landsgemeinde, der Neu- und Alt-Räteversammlung, dem grossen und den zwei kleinen Räten vier verschiedene Staatsorgane vorgesehen.³⁶³ Den Instanzenzug bildeten grundsätzlich der Gemeinderat, ab 1834 Hauptleut und Räte genannt,³⁶⁴ die zwei Kleinen Räte und der Grosse Rat. Dieser dreigliedrige Instanzenzug für Zivil- und Straf-

³⁵⁷ Meyer, 22 (Fn. 353).

³⁵⁸ Ders., 24ff.

³⁵⁹ Ders., 28.

³⁶⁰ Vgl. für dieses appenzellische Credo auch His, Neuer Geschichte des schweizerischen Staatsrechts. Der Bundesstaat von 1848 bis 1914 (Bd. 3), Basel 1938, 319.

³⁶¹ Vgl. Gemeindebehörde Art. 2 KV Appenzell Ausserrhoden/1814.

³⁶² Dank der änderungsresistenten Gesinnung der Ausserrhoder kann dies für den gesamten betrachteten Zeitraum exemplarisch an der Verfassung von 1814 betan werden.

³⁶³ Öffentliche Gewalten Art. 1 Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 28. Juni 1814 (KV Appenzell Ausserrhoden/1814); Art. 4 Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 31. August 1834 (KV Appenzell Ausserrhoden/1834).

³⁶⁴ Art. 7 KV Appenzell Ausserrhoden/1834.

gerichtsfälle findet sich bereits in der Verfassung von 1747, welche festhält, dass «Was ein Großer Rath erkennt, das soll sein Kleiner Rath abthun. Es soll auch kein Land Ammann Gewalt haben, es seye gleich vor einem Kleinen oder Großen Rath Urtheil ausgefellt worden, dass Recht demselbigen zu oeffnen, es geschehe dann widerum vor einem Kleinen oder Großen Rath, der gestalten, daß wann einer vor einem Kleinen Rath gewesen, er widerum vor einem Kleinen Rath Oeffnung deß Rechts suchen muß. Deßgleichen, so einer vor einem Großen Rath gewesen, muß er daß Recht auch wieder von einem Großen Rath aufzuthun verlangen»³⁶⁵. Sämtliche Zivilstreitigkeiten und grundsätzlich auch alle Strafgerichtsfälle unterlagen diesem Instanzenzug.³⁶⁶ Das Recht, über Leben und Tod zu entscheiden war mit der Malefizgerichtsbarkeit allerdings dem Grossen Rat vorbehalten,³⁶⁷ ebenso wie die Beurteilung schwerer Vergehen und Verbrechen.

Dem Grossen Rat kam also die höchste richterliche Kompetenz in allen Zivil- und Strafsachen zu.³⁶⁸ Er bildete sich aus den zehn Landesbeamten und den amtierenden Hauptleuten (Gemeindepräsidenten in Co-Besetzung bei jährlichem Wechsel des Amts, d.h. zwei pro Gemeinde) der zwanzig Gemeinden.³⁶⁹ Hinzu kam das Vorrecht gewisser Gemeinden, beide Hauptleute in den Rat zu entsenden.³⁷⁰ Der Grosse Rat setzte sich dergestalt aus 32 bis 34 Mitgliedern zusammen, exklusive dem Rats- und dem Landsschreiber, welche nur beratende Stimme besaßen.³⁷¹ Bemerkenswertere Weise war der Grosse Rat von Gerichtsprozessen, v.a. Polizei- und Kriminalfällen, in seiner Zeit grossmehrerlich in Anspruch genommen.³⁷² Es gehörte mitunter zu seinen Hauptfunktionen schlichtend und urteilend Streitfälle zu lösen.

Die beiden Kleinen Räte (einer für das Gebiet vor und einer für das Gebiet hinter der Sitter)³⁷³ urteilten zweitinstanzlich.³⁷⁴ Ihre Kompetenz umfasste in Straffällen nur das Aussprechen von Bussen bis 10 Gulden resp. ab 1834 bis 20 Gulden, zehn Tagen Arrest oder die Verhängung von zwanzig Stock- oder Rutenstreichen.³⁷⁵ In zivilrechtlichen Angelegenheiten gab es keine Kompetenzbeschränkung der Kleinen Räte. Die beiden Kleinen Räte setzten sich vor und nach 1834 unterschiedlich zusammen. Es sind die einzigen Gremien, welche mit der Verfassung von 1834 substantiell neue Regelungen erhielten, gerade auch hinsichtlich ihrer Zusammensetzung. Vor 1834 umfasste der Rat hinter der

³⁶⁵ Art. 5 Verfassung (= Landsgemeindebeschluss) von 1747.

³⁶⁶ Meyer, 32 (Fn. 353).

³⁶⁷ Art. 4 KV Appenzell Ausserrhoden/1834.

³⁶⁸ Öffentliche Gewalten Art. 3 KV Appenzell Ausserrhoden/1814.

³⁶⁹ Öffentliche Gewalten Art. 3 i.V.m. Gemeindebehörden Art. 2 KV Appenzell Ausserrhoden/1814; Art. 4 KV Appenzell Ausserrhoden/1834.

³⁷⁰ Art. 4 KV Appenzell Ausserrhoden/1834.

³⁷¹ Meyer, 37 (Fn. 353).

³⁷² Ders. spricht von einer Auslastung der Grossratssitzungen von rund 75%, 32 und 36.

³⁷³ Einteilung KV i.V.m. Öffentliche Gewalten Art. 4 Appenzell Ausserrhoden/1814.

³⁷⁴ Öffentliche Gewalten Art. 4 KV Appenzell Ausserrhoden/1814; Art. 7 KV Appenzell Ausserrhoden/1834.

³⁷⁵ Meyer, 38 (Fn. 353).

Sitter knapp 20 Mitglieder, jener vor der Sitter ca. 25.³⁷⁶ Aus heutiger Sicht kurios anmutend war die Besetzung der kleinen Räte mit wechselnden Mitgliedern während der Amtsdauer. Wie auch in anderen Kleinkantonen sollte der permanente personelle Wechsel bei der Zusammensetzung einzelner Behörden in kurzen Perioden unerwünschte Machtkumulation verhindern. Die Gemeindevorstanderschaften entsandten jeweils einen Delegierten als Ratsmitglied. Es gab eine feste, gemeindeinterne „Kehrorordnung“.³⁷⁷ Dass die Kleinen Räte somit in immer neuer Besetzung amtierten, mochte eine Vormachtstellung derselben verhindern, stärkte jedoch weder die Kompetenz des Gremiums noch das Vertrauen in die Richtersprüche. Mit der Verfassung vom 31. August 1834 wurde die Zusammensetzung der Kleinen Räte umfassend neu und klar geregelt. Sie bestanden aus je 13 Mitgliedern,³⁷⁸ inklusive dem Präsidenten, der nicht mehr identisch war mit der Person des regierenden Landammanns, sondern aus der Mitte des Rates kam.³⁷⁹

Erstinstanzlich waren die Gemeinderäte resp. „Hauptleut“ und Räte“ für alle polizeilichen Streitigkeiten bis zu einem Betrag von fünf Gulden sowie für alle Zivilstreitigkeiten zuständig.³⁸⁰ Die Gemeinderäte resp. „Hauptleut“ und Räte“ waren die Vorgesetzten der Gemeinden und bestanden aus fünf bis 22 resp. nach 1834 sieben bis 24 jährlich zu wählenden Mitgliedern.³⁸¹ Schliesslich sind als Spezialgericht für Ehesachen, die sogenannten Ehegäumer in erster Instanz und als kantonale Oberinstanz das Ehegericht anzuführen. Die Ehegäumer setzten sich zusammen aus dem ortsansässigen Pfarrer sowie den beiden Gemeindehauptleuten.³⁸² Sie waren für Ehestreitigkeiten und Eheschutz zuständig. In allen Fällen war Appellation ans Ehegericht zulässig, welches nach 1834 aus neun jährlich durch den doppelten Landrat zu wählenden Mitgliedern, sechs weltlichen Beamten und drei Geistlichen bestand.³⁸³ Die Beurteilung von Ehescheidungsklagen oblag dem Ehegericht.³⁸⁴ Nicht ausser Acht gelassen werden darf der Umstand, dass zivilrechtliche Folgen von Entscheidungen der Ehegäumer und des Ehegerichtes ebenso den Räten überlassen blieb, wie allenfalls in Ehesachen vorgefallenen Strafdelikte wie z.B. Unzucht.³⁸⁵

3. Ausstandsregelung und Wählbarkeitsvoraussetzungen

Ausstandsregeln, Unvereinbarkeitsbestimmungen und Wählbarkeitsvoraussetzungen wurden für richtende Behörden im Kanton Appenzell Ausserrhoden vor allem mit der Verfassung von 1834 aufgestellt, obgleich schon die Verfassung von 1747 in Art. 29 eine

³⁷⁶ Ders., 34.

³⁷⁷ Ders., 33ff.

³⁷⁸ Art. 7 KV Appenzell Ausserrhoden/1834.

³⁷⁹ Meyer, 36 (Fn. 353).

³⁸⁰ Gemeindebehörden Art. 2 KV Appenzell Ausserrhoden/1814; Art. 9 KV Appenzell Ausserrhoden/1834.

³⁸¹ Gemeindebehörden Art. 2 KV Appenzell Ausserrhoden/1814; Art. 9 KV Appenzell Ausserrhoden/1834.

³⁸² Meyer, 42ff. (Fn. 353).

³⁸³ Art. 5 KV Appenzell Ausserrhoden/1834.

³⁸⁴ Meyer, 43 (Fn. 353).

³⁸⁵ Ders., 43;44;46.

Ausstandregel verfügte. Aus der Verfassung von 1834 sind insbesondere Art. 4 und Art. 11 zu erwähnen. Ersterer sah den Ausstand für Mitglieder des Grossen Rates vor, welche über die zu behandelnde Angelegenheit schon in unterer Instanz entschieden hatten. Letzterer hielt fest, dass Vater und Sohn nicht in ein und demselben Rat sitzen durften. Mit Beschluss vom 5. Mai 1835 hielt der Grosse Rat schliesslich fest, dass die Mitglieder des Kleinen Rats nicht gleichzeitig Mitglieder des Grossen Rats, des zweifachen Landrats oder einer Gemeindebehörde sein durften.

VII. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Die helvetische Verfassung setzt den überkommenen, teilweise auf das Mittelalter zurückgehenden Organisationsformen der Justiz ohne Gewaltenteilung, Legalitäts- und Öffentlichkeitsprinzip ein Ende. Instanzenzüge und Rechtsmittel werden fixiert. Es handelt sich hierbei allesamt um massgeblich französisch geprägte Neuerungen. Mit der Mediationsakte leben 1803 altrechtliche Gerichtsbarkeiten wieder auf. Die Gerichte funktionieren unter Rückgriff auf die alten Verfahrensformen. Als langfristig nachhaltig, wenn auch mit erheblichen Kontinuitätsbrüchen, erweist sich die Sensibilisierung für die Gewaltenteilung sowie für klar definierte Instanzenzüge und Rechtsmittel. Freilich bleibt die Forderung nach einem verfassungsmässigen, sachlich, institutionell und personell unabhängigen Gericht bis in die Regenerationszeit hinein Desiderat. Der französische Einfluss in nachnapoleonischer Zeit ist daher klar zu relativieren. Zwar wird die Schweiz im 18. und 19. Jh. kulturell, politisch und militärisch in mancherlei Hinsicht von Frankreich stärker beeinflusst als von deutscher bzw. österreichischer Seite, jedoch überwiegt der deutsche und österreichische Einfluss auf die Rechtsentwicklung ausserhalb der französischsprachigen Kantone nicht zuletzt deshalb, weil Schweizer Juristen bis zum Ersten Weltkrieg in grosser Zahl an deutschen Universitäten studieren und deutsche Professoren seit den Basler Anfängen 1460 bis heute in beachtlicher Zahl an Schweizer Rechtsfakultäten lehren. Nachhaltig für die Organisation der Strafrechtspflege war indes die Rezeption des französischen Modells des *juge d'instruction*, welches bis vor wenigen Jahren in einer Mehrzahl der Kantone praktiziert wurde. Insgesamt erweist sich die Gerichtsorganisation in der Schweiz als relativ eigenständig, weil die Vielfalt von 25 unterschiedlichen kantonalen Gerichtsverfassungen eine ausgeprägte homogene Rezeptionsbewegung verunmöglichte.

Bis heute liegt die Organisation der kantonalen Gerichtsbarkeit in der Kompetenz der Kantone. Die von den schweizerischen Prozessgesetzen, der Bundesverfassung sowie durch funktionale Kriterien gesetzten Rahmenbedingungen schränken den normativen Gestaltungsraum seit 2011 ein. Charakteristisch für die Gerichte in der Schweiz ist bis in die Gegenwart, dass Richter nicht auf Lebenszeit ernannt, sondern für eine bestimmte Periode gewählt werden. Somit ist auch für Berufsrichter eine Abwahl durchaus möglich.³⁸⁶ Ebenso bemerkenswert ist, dass auf Bezirksebene noch immer Laiengerichte exi-

³⁸⁶ So wurde im August 2013 im Kanton Aargau der Oberrichter Urs Schuppisser vom Parlament nicht wiedergewählt. Vgl. Aargauer Zeitung vom 20.08.2013 (aargauerzeitung.ch).

stieren und die gesetzlichen Qualifikationserfordernisse für Richter geringer sind als für Rechtsanwälte.

Rezeption französischen Rechts in Bayern: Gerichtsverfassung, Instanzenzug, Rechtsmittel

Martin Löhnig

I. Rezeption	221
II. Imperialismus	223
III. Es dauert...	223
IV. Wieder zuerst: Das Strafrecht	224
V. Und dann dauert es wieder...	225
VI. Fazit	227

I. REZEPTION

In den napoléonischen Jahren des 19. Jahrhunderts entstand in Bayern erheblicher Reformdruck, der auf drei Ursachen zurückzuführen sein dürfte: (1.) Die Erkenntnis, daß vor allem das Kreittmayer'sche Strafrecht aus der Mitte des 18. Jahrhunderts, aber auch die Gerichtsorganisation nicht mehr den Ansprüchen einer aufgeklärt-absolutistischen Monarchie genügte, (2.) die durch Gebietsgewinne von Napoléons Gnaden ausgelöste Rechtszersplitterung im 1806 entstandenen Königreich Bayern und (3.) der Druck Napoleóns, die Produkte seiner in Frankreich durchgeführten Rechtsreform in gewissem Umfang zu übernehmen. In diesen Jahren balancierte Bayern auf dem schmalen Grat zwischen Rechtsrezeption und Rechtsimperialismus – und Bayern gelang diese Gratwanderung gut: Keinen der cinq codes wird Bayern am Ende übernommen haben, Inspirationen aus Frankreich flossen jedoch in der Tat in die bayerische Rechtsreform unter Max I. Joseph und seinem Minister Montgelas ein.¹

1. Verfassung

Die Bayerische Verfassung von 1808, die sich von ihrem angeblichen napoléonischen Vorbild, der Verfassung des Königreichs Westphalen aus dem Jahre 1807, in zahlreichen maßgeblichen Punkten unterschied, regelte in V § 3 f. die persönliche wie sachliche Unabhängigkeit der Richter.² Der Einfluß Frankreichs gab hier den letzten Anstoß zur Etablierung einer unabhängigen Justiz und hat eine Entwicklung, die bereits im 18. Jahrhundert ihren Anfang genommen hatte, zur Vollendung gebracht. Dem Inkrafttreten

¹ Eingehend Löhnig, Wie souverän war das junge Königreich Bayern? Zum Einfluss napoleonischen Rechts auf die bayerische Rechtsreform zu Beginn des 19. Jahrhunderts, in: Koch/Kubicel/Löhnig/Pawlik (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, Tübingen 2013, S. 81 ff.

² Dazu eingehend Löhnig, Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 2012, 427 ff.

dieser Verfassung folgte 1808 eine Reform der Gerichtsverfassung mit dem Ziel der Beseitigung vormoderner Gerichtsstrukturen zugunsten eines den Postulaten zeitgenössischer Staatskunst entsprechenden rationalen Gerichtsaufbaus und Instanzenzugs unter Einführung des Kollegialprinzips.

2. Gerichtsverfassung

Das Organische Edikt vom 24. Juli 1808 ersetzte die Obersten Justizstellen durch das Oberappellationsgericht München; diesem waren neun Appellationsgerichte auf Ebene der Kreise nachgeordnet, die die bisherigen Hofgerichte ersetzten. Die Appellationsgerichte waren Zweitinstanz in Zivilsachen und Erstinstanz in Strafsachen. Allerdings wurde die Trennung von Exekutive und Judikative (und damit die Unabhängigkeit der Justiz durch Unabhängigkeit der Gerichtsorganisation) auf unterster Ebene der Landgerichte, die gleichzeitig die Funktion von Gerichts- und Verwaltungsbehörden besaßen, nicht durchgeführt; dies geschah erst 1861. Herrschafts- und Patrimonialgerichte wurden erst 1848 abgeschafft, übten jedoch nach 1808 nicht mehr originäre, sondern vom König delegierte Rechtsprechungsgewalt aus, wie jedes andere Gericht auch. Diese Gerichtsverfassung entspricht weitgehend einer auf aufgeklärt-absolutistischen Erwägungen beruhenden Reform, durchaus mit französischen Einflüssen; sie kopierte jedoch – sieht man von der schaufensterartigen Übernahme des Begriffs „Appellationsgericht“ (Cour d'Appel) einmal ab – keineswegs das französische Vorbild: Insbesondere wurden keine Friedensgerichte eingerichtet. Der dreistufige Instanzenzug Landgericht – Appellationsgericht – Oberappellationsgericht beruhte auf bayerischem Herkommen.

3. Zivilprozeßrecht

Eine neue Zivilprozessordnung gelang hingegen nicht. 1811 wurde Kreittmayrs Codex Maximilianeus Bavaricus Judicarii von 1753 im gesamten Königreich Bayern in Kraft gesetzt. Ein Jahr später gab König Maximilian I. Joseph zwar den Auftrag zur Revision dieses Gesetzes, der daraufhin erarbeitete „Entwurf eines Gesetzbuches für das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen“ enthielt – wie 1812 zu erwarten – kaum Anklänge an das französische Prozeßrecht, sondern war vom gemeinrechtlich-bayerischem Prozeßdenken beherrscht und sollte den gemeinen Zivilprozeß mit seinem schriftlichen Verfahren behutsam reformieren; lediglich einen Staatsprokurator, der auch in Zivilsachen tätig werden konnte, hätte dieses gescheiterte Projekt aus dem französischen Recht übernommen. Deshalb blieb im Zivilprozeßrecht der bayerische Instanzenzug mit drei Tatsacheninstanzen bis weit ins 19. Jahrhundert hinein erhalten.

4. Strafprozeßrecht

Reformiert wurde hingegen der Strafprozeß durch das 1813 in Kraft tretende Feuerbach'sche Strafgesetzbuch, das auch das Strafprozeßrecht regelte. Auch dies allerdings nicht nach französischem Vorbild. Vielmehr wurde der gemeinrechtliche Inquisitionsprozeß beibehalten und Feuerbach folgte der traditionellen Einteilung in die Verfahrensstadien der General- und der Spezialinquisition. Als Rechtsmittel sah das Bayerische

Strafgesetzbuch die Revision beim Oberappellationsgericht vor, die bei Verurteilung des Angeschuldigten zu Todesstrafe, Kettenstrafe oder mindestens zwanzigjähriger Zuchthausstrafe von Gesetzes wegen erfolgte, Art. 366, ansonsten auf Antrag des Verurteilten oder des Vorstands des entscheidenden Kriminalgerichts, Art. 367; es bestand also ein lediglich zweistufiger Instanzenzug. Die Revision war begründet, wenn das Urteil wegen verletzter Förmlichkeiten der Untersuchung oder Entscheidung mit einer Nichtigkeit behaftet war oder wenn sich wesentliche Lücken der Untersuchung offenbarten, die noch eine nachträgliche Ergänzung zuließen, Art. 374. Gemäß Art. 375 war das Oberappellationsgericht ermächtigt, ein Urteil zu bestätigen oder es zum Vor- oder Nachteil des Angeschuldigten zu ändern.

II. IMPERIALISMUS

Damit ist freilich nur die halbe Geschichte erzählt. Denn in der bayerischen Pfalz galt vollumfänglich französisches Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrecht. Diese Gebiete waren 1801 in den französischen Staat inkorporiert worden und nahmen damit an der gesamten napoléonischen Rechtsreform teil. Nach dem Rückfall der Gebiete an Bayern im Jahre 1816 blieb das französische Recht als Rheinisches Recht in Geltung.

In jedem Kanton existierte folglich ein Friedensgericht, an dem ein Einzelrichter auf strafrechtlichem Gebiet die Polizeigerichtsbarkeit und auf zivilrechtlichem Gebiet Streitigkeiten bis zum Streitwert von 100 Fr. sowie einige streitwertunabhängig zugewiesene Rechtsstreitigkeiten aburteilte. Die mit drei Richtern besetzten Bezirksgerichte waren in den Hauptstädten der Bezirke angesiedelt (vgl. *tribunaux de première instance*) und erstinstanzlich für alle anderen Zivil – und Strafsachen zuständig; zweitinstanzlich fungierten sie als Berufungsgericht gegen Entscheidungen der Friedensrichter. Darüber stand das Appellationsgericht Zweibrücken als Berufungsgericht gegen die Urteile der Bezirksgerichte, wenn der Streitwert 1000 Fr. überstieg. Nach dem Rückfall der Pfalz an Bayern und dem damit verbundenen Wegfall der Zuständigkeit der *Cour de Cassation* in Paris wurde ein Kassationshof für die Pfalz am Appellationsgericht in Zweibrücken eingerichtet und später an das Oberappellationsgericht in München angegliedert.³ In Bayern galt damit seit 1816 zweierlei Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrecht.

III. ES DAUERT...

Hier war es nun also, das französische Recht in Bayern: Eingeführt zwar durch die französische Staatsgewalt nach der Annexion der bayerischen Pfalz, nach dem Rückfall der Gebiete aber beibehalten aufgrund souveräner bayerischer Entscheidung. Es wurde zum Stachel im Fleisch des Königreichs, den die liberalen pfälzischen Juristen immer wieder effektiv einzusetzen wußten. Die angestrebte bayerische Rechtseinheit, mit der unter anderem auch die als vorübergehend angesehene Beibehaltung des Rheinischen

³ Vgl. zum Ganzen Heiß, Dr. Karl Friedrich Ritter von Heintz: Königlich Bayerischer Staatsminister der Justiz 1848/49 – Leben und Wirken, Regensburg 2013, S. 179 ff.

Rechts ohne Gesichtsverlust für die Krone hingenommen werden konnte, ließ jedoch auf sich warten. Sicherlich auch deshalb, weil die Zielsetzung der Landtage dem König nicht schmeckte: Die Rechtseinheit sollte nach dem Muster des Rheinischen Rechts aus der kleinen bayerischen Pfalz erfolgen. Nicht der Hund sollte also mit dem Schwanz wedeln, sondern der Schwanz mit dem Hund.

1848 tat er das dann auch. Nach der Deutschen Revolution war die Justizreform eines der großen Themen des bayerischen Reformlandtages 1848/49: Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtsverfahren, Trennung von Justiz und Verwaltung, die Einführung von Geschwengerichten, Neugestaltung des Instanzenzuges, Rechtsvereinheitlichung. Diese Ziele wurden im Grundlagengesetz vom 4. Juni 1848 niedergelegt, das jedoch keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Gerichtsverfassung oder -praxis entfaltete, sondern Programmgesetz war, das der Umsetzung bedurfte.

Was die Zielrichtung der Umsetzung betraf, gab das Gesetz zum Teil nur kurze Hinweise; mehr war auch nicht erforderlich, denn das Gesetz enthielt stattdessen eine Arbeitsanweisung, man könnte auch sagen: eine Rezeptionsanordnung: „Bei der Ausführung dieses Systems soll hauptsächlich von den auf dem deutschen linken Rhein-Ufer bestehenden Einrichtungen, soweit sie sich durch die Erfahrung erprobt haben, ausgegangen werden. Was das bestehende Prozeß-Recht und die neueren Prozeß-Gesetze an brauchbarem Material darbieten, soll hierbei sorgfältig benützt und auf die Beibehaltung des Bestehenden so viel wie möglich Bedacht genommen werden, jedoch unbeschadet der consequenten Durchführung der Grundprinzipien, welche jenem System zu Grunde liegen.“ (Art. 15) Besser läßt sich Rezeption als kultureller Prozeß der Pflanzung neuartiger Gewächse in eine bestehende Kulturlandschaft kaum beschreiben.

IV. WIEDER ZUERST: DAS STRAFRECHT

Neben der allgemeinen Umgestaltung des Justizwesens wurde, wie schon zu Beginn des Jahrhunderts, eine Modernisierung der Strafrechtspflege als besonders dringlich empfunden, hatte Feuerbach doch 1813 am überkommenen Inquisitionsprozeß festgehalten. Für unseren Gegenstand ist die Veränderung der Gerichtsorganisation von Bedeutung: Ein Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, das zeitnah nach dem Grundlagengesetz verabschiedet wurde, verfügte die Einführung von Schwurgerichtshöfen, Art. 16 – 18 dG, verwies die Aburteilung der Verbrechen und Vergehen teils an diese Schwurgerichtshöfe, teils an Kreis- und Stadtgerichte, Art. 6, 16 dG, und bildete einen ständigen Senat für Strafsachen beim Obersten Gerichtshof, Art. 15 dG.⁴

Außerdem erfolgte eine umfassende Reform des Rechtsmittelrechts, die sich stark an das französisch-pfälzische Vorbild anlehnte. Zu unterscheiden sind dabei Rechtsmittel gegen Urteile von Schwurgerichten, die man nach französischem Vorbild neu eingeführt

⁴ Scheurl, Erläuternde Anmerkungen zu der neuen Strafprozeß-Ordnung für das diesrheinische Bayern, München 1848, S. 22.

hatte,⁵ und Rechtsmittel gegen Urteile von nur mit Berufsrichtern besetzten Kreis- und Stadtgerichten. Gegen Urteile der Kreis- und Stadtgerichte stand zunächst die Berufung als zweite volle Tatsacheninstanz mit eigener Entscheidungszuständigkeit offen. Die Kreis- und Stadtgerichte genossen nach Auffassung des Gesetzgebers nämlich nicht „das nöthige Vertrauen“ der Staatsbürger; es sollte nicht die „Besorgnis entstehen [...], als könne man zu leicht von einer unabänderlichen Verurtheilung in sehr empfindlichen Strafen getroffen werden.“⁶ Deshalb schuf man nun erstmals in Bayern eine zweite Tatsacheninstanz in Strafsachen. Gegen die Berufungsentscheidung des Appellationsgerichts stand die Nichtigkeitsbeschwerde zum Obersten Gerichtshof offen. Zweck der Nichtigkeitsbeschwerde war vorrangig die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, weshalb auch nur eine Rechtskontrolle der angefochtenen Urteile stattfand und keine erneute, dritte Tatsachenüberprüfung.

Ordentliches Rechtsmittel gegen schwurgerichtliche Urteile war allein die Nichtigkeitsbeschwerde, nicht aber, wie in Deutschland noch heute nach französischem Vorbild, die Berufung. Es fand also keine erneute Tatsachenüberprüfung statt, weil der Wahrspruch der Geschworenen unumstößlich sein und deshalb nicht durch Berufsrichter in zweiter Instanz korrigiert werden können sollte. Die Nichtigkeitsbeschwerde war statthaft, wenn durch das verurteilende schwurgerichtliche Urteil eine wesentliche Förmlichkeit verletzt wurde oder eine fehlerhafte Anwendung des Rechts geltend gemacht werden konnte.⁷ Dieses als zügiges Provisorium gedachte Änderungsgesetz zum StGB 1813 blieb bis zum Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze 1879 gültig.

V. UND DANN DAUERT ES WIEDER...

Der strafrechtliche Reformbedarf war 1848/49 – wie dies auch schon zu Beginn des Jahrhunderts der Fall gewesen war – erneut auch für konservative Kreise unmittelbar einsehbar, so daß eine Reform gelingen konnte, die auch zentrale Forderungen der bürgerlichen Reformbewegung zu verwirklichen half. In anderen Bereichen verhinderte alsbald konservatives Beharrungsvermögen in der Kammer der Reichsräte die zügige Umsetzung der weiteren Postulate des Grundlagengesetzes.

1. Zivilprozeßrecht

Nach Maßgabe des Grundlagengesetzes wurde 1848 auch eine Modernisierung des Zivilprozessrechts unternommen. Ein „Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“⁸ wurde erarbeitet. Dieser gescheiterte Entwurf ist nur noch in einem Exemplar vorhanden und wird an meinem Lehrstuhl gerade zur Edition vorbereitet. Er war auf den Grundlagen des französisch-pfälzischen Zivilprozesses aufgebaut, wobei er das französische Recht nur insofern auf das rechtsrheinische Bayern übertra-

⁵ Löhnig, Introducing the partizipation of laymen into the judicial system in 19th century Germany, in: Berger/Delivré, Popular Justice in Europe, Bologna 2014, S. 115 ff.

⁶ Scheurl, S. 169.

⁷ Eingehend hierzu Heiß, 299 ff.

⁸ HStAHann, Hann. 26a Nr. 575.

gen wollte, als es sich in der praktischen Anwendung erprobt hatte. Zugleich berücksichtigte er bayerische Besonderheiten, die sich aus dem Codex Juris Bavarici Judiciarii von 1753 ergaben.

Der Instanzenzug, um auf unseren Gegenstand zu kommen, umfaßte, Art. 767 ff., zwei Tatsacheninstanzen und eine Kassationsinstanz. Erstinstanzlich sollten die Einzelrichter an den Stadt- und Landgerichten in den geringeren Streitsachen entscheiden, was sich einerseits am Streitwert, andererseits an der Einfachheit der Rechtslage orientieren sollte, Art. 700. Für gewichtigere Streitsachen sollten die kollegial besetzten Bezirksgerichte zuständig sein, Art. 218 ff. Gegen erstinstanzliche Entscheidungen sollte stets die Berufung zum jeweiligen Obergericht zulässig sein: Für die bei den Stadt- und Landgerichte zum Bezirksgericht, für die Bezirksgerichte zum Appellationsgericht, Art. 767 Abs. 1. Gegen die Berufungsentscheidung sollte der Oberste Gerichtshof als Kassationsgericht angerufen werden können, um eine einheitliche Rechtsprechung sicherstellen zu können. Die Entscheidungskompetenz des Obersten Gerichtshofes sollte lediglich die Aufhebung und Zurückverweisung, nicht aber die Entscheidung der Sache umfassen, Art. 874. Das französische Vorbild läßt sich in dieser Regelung der Zuständigkeiten und des Instanzenzuges gut erkennen.

Erst 1870, ein Jahr vor Reichsgründung, trat schließlich nach ausführlichen, aber nur in Hinblick auf die Kompetenzen der Staatsanwaltschaft in Zivilsachen kontroversen Beratungen in den beiden Kammern eine neue Zivilprozessordnung in Bayern in Kraft, die ähnliche Regelungen vorsah und als Rechtsmittel Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde kannte.⁹ Zu erstinstanzlich festgestellten Tatsachen durften jedoch vom Berufungsgericht keine weiteren Zeugen mehr vernommen werden, Art. 707 Abs. 4 CPO 1869; die Nichtigkeitsbeschwerde zum Oberappellationsgericht war nur in bestimmten vom Gesetz vorgesehenen Fällen statthaft, Art. 788 ff. CPO 1869.

2. Gerichtsverfassung

Auch auf Ebene der Gerichtsverfassung wurden 1849 Reformen projektiert.¹⁰ Der Entwurf sah entsprechend Art. 15 GrundlG eine Gerichtsorganisation nach französisch-pfälzischem Vorbild vor und damit die Trennung von Justiz und Verwaltung auch auf der untersten Ebene der Landgerichte. Der Entwurf regelte vor allem die Zuständigkeit der Gerichte in Zivil- und Strafsachen. Die Stadt- und Landgerichte sollten, wie auch nach Molitors ZPO-Entwurf und in Anlehnung an die Zuständigkeit der Friedensrichter, erstinstanzlich in Zivilrechtsstreitigkeiten zuständig sein, die entweder wegen ihres geringen Streitwertes oder aber ihrer Natur nach besser in die Verhandlung vor einem Einzelrichter passte, Art. 11. In Strafsachen sollten sie für der Bagatelldelikte, die wir heute als Ordnungswidrigkeiten bezeichnen würden, zuständig sein, Art. 13. Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit sollten nur Hypothekenwesen, Vormundschafts-, Pflegschafts- und Nachlasssachen in ihrer Zuständigkeit verbleiben, alle weiteren Ange-

⁹ Dazu Schmitt, Gottfried von: Der bayerische Civilproceß, Band 2, Bamberg 1872, S. 551 ff.

¹⁰ Zum Ganzen Heiß, S. 336 ff.

legenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Notaren zukommen, Art. 14. Die kollegial besetzten Bezirksgerichte sollten die eigentlichen Gerichte erster Instanz in Zivil- und Strafsachen werden. Als Berufungsinstanz sollten die Bezirksgerichte in zweiter und letzter Instanz über die Berufungen gegen Urteile der Einzelrichter entscheiden, Art. 21, 27.

Rein zweitinstanzliche Gerichte sollten die Kreisgerichte werden, die aus den Appellationsgerichten hervorgehen sollten, Art. 36, und über die Berufung gegen die bezirksgerichtlichen Urteile entscheiden sollten – wie bereits bei den Berufungen an den Bezirksgerichten war die Berufung nicht an eine Berufungssumme gebunden und daher uneingeschränkt zulässig, Art. 37. Das Oberlandesgericht sollte schließlich als Kassationsinstanz über alle Beschwerden gegen letztinstanzliche Urteile entscheiden, die wegen Verletzung, falscher Auslegung oder unrichtiger Anwendung eines Gesetzes erhoben worden wären, gleich ob sie eine Berufungsentscheidung der Bezirksgerichte oder der Kreisgerichte gewesen wären, Art. 42. Die genauen Voraussetzungen und Formen von Beschwerden an das Oberlandesgericht sollten der neu zu schaffenden Zivilprozessordnung vorbehalten sein und richteten sich in Strafsachen nach dem novellierten StGB 1813, Art. 43.

Das am 25. Juli 1850 in Kraft getretene Gerichtsverfassungsgesetz kam jedoch nicht zum Vollzug, denn dieser war nach Art. 75 an das Inkrafttreten des Notariatsgesetzes gebunden, dessen Entwurf an einer Kontroverse zwischen der Kammer der Reichsräte und der Kammer der Abgeordneten zur Disziplinargewalt über die Notare scheiterte; vieles spricht dafür, daß diese Kontroverse von der nach 1848/49 wieder zunehmend reaktionär agierenden Kammer der Reichsräte inszeniert worden war, um das GVG zu fallzubringen, weil man glaubte, unter dem Eindruck der Revolution bereits allzu weitreichende Zugeständnisse gemacht zu haben.¹¹ Erst 1862 trat schließlich ein bayerisches GVG in Kraft, das in weiten Teilen an das Gesetz aus dem Jahr 1850 angelehnt war. Erst 1861 wurde deshalb die vollständige Trennung von Justiz und Verwaltung auch auf der Ebene der Stadt- und Landgerichte erreicht, wurden für die freiwillige Gerichtsbarkeit ständige Notariate eingerichtet, die privilegierten Gerichtsstände aufgehoben und wurde eine Gliederung der Gerichte in Stadt- und Landgerichte, Bezirksgerichte, Appellationsgerichte und das Oberappellationsgericht endgültig vorgeschrieben. Bis zum Inkrafttreten der ZPO von 1870 war die Zuständigkeit des Oberappellationsgerichts in Zivilsachen so ausgestaltet, daß es weiterhin volle dritte Tatsacheninstanz gegen die Berufungsurteile der Bezirksgerichte gewesen ist. Lediglich in Strafsachen hatte es bereits die Stellung eines Kassationshofes inne.

VI. FAZIT

Bayern hat im Verlauf des 19. Jahrhunderts im Bereich der Gerichtsverfassung und des Instanzenzuges immer wieder französisches Recht rezipiert. In der napoléonischen Zeit

¹¹ Heiß, S. 370 ff.

hatte sich Bayern zwar weitestgehend resistent gegen direkte französische Einflußnahme gezeigt. Aber das napoléonische Recht hatte Langzeitwirkung, weil es nach 1816 in der bayerischen Pfalz fortgalt. Die bayerische Pfalz konnte deshalb gleichsam als Versuchslabor fungieren, so daß in den Jahren 1848 bis 1870 nicht unmittelbar französisches Recht rezipiert wurde, sondern französisches Recht in Form des Rheinischen Rechts, soweit sich dieses in der Gerichtspraxis der Pfalz bewährt hatte; außerdem wurde stets auf bayerisches Herkommen Rücksicht genommen. Das zeigt, daß gelungene Rezeptionsprozesse Zeit und Bedachtsamkeit brauchen und auf eine günstige politische Großwetterlage angewiesen sind. Am Vorabend der Reichgründung besaß Bayern dann schließlich ein gut durchgearbeitetes, französisch-bayerisches Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrecht, dessen Einfluß auf die Reichsgesetzgebung einer eigenen, eingehenden Untersuchung harrt.

Classes of courts in Spain (1810-1844)

José Antonio Pérez Juan

I. Introduction	229
II. The organizational structure of Cadiz justice (1810-1814 and 1820-1823)	230
III. The judicial organigram during the Regencies (1833-1844)	237

I. INTRODUCTION

At the start of the 19th century, Spain would introduce a judicial organigram rooted in the Old Regime¹. At that time, the overlapping of competencies, the frequent merging between governmental issues and contentious issues, and the large number of special jurisdictions meant a prompt reform of Justice would be required for it to become compatible with the liberal aspirations of the time.²

The task of reorganizing this confusing scenario corresponded to the “Cortes de Cádiz”. We should not forget that in general lines, the regulation of the Justice system that the Cadiz deputies carried out responded to the classical postulates of French liberalism³. Recognition of national sovereignty and the proclamation of the division of powers were recognized in the decree of 24 September 1810, and would undoubtedly, become the cornerstone of the new system. Under this regulation, the “Cortes” were proclaimed sovereign, while postulating a political model where the three powers of the State - legislative, executive and judicial - would be separate⁴. As Sainz Guerra pointed out, “the separation of judicial power from the rest implies the creation of a judiciary with unparalleled characteristics, which up to that time had not been contemplated by an absolute State. Its separation from executive power meant the recognition and requirement of its immovability, that is to say, the assumption that no judge could be removed from their post unless

¹ For information about the judicial activity of Justice in the absolutist period and the configuration of the statute for Judges in Spain between the 14th and 18th centuries vid., ROLDÁN VERDEJO, R., *Los jueces de la monarquía absoluta*, Madrid, 1989.

² APARICIO, M.A., *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, 1995, page 13.

³ APARICIO, *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, page 19.

⁴ “No conviniendo queden reunidos el Poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del Poder legislativo en toda su extensión”, decree, 24-IX-1810, declaration of the legitimate constitution of the Cortes and of its sovereignty: new recognition of King Fernando VII and the annulment of his renunciation of the crown: division of powers, the Cortes reserves legislative power : responsibility for the executive and the authorization of the present Regency, with the obligation of swearing allegiance to the Cortes: its formula: interim confirmation of the courts, justice and other authorities: inviolability of the deputies.

it was in accordance with the laws and by judicial sentence. In addition to this, it promoted the defense of judges' independence, preventing the executive from interfering in their task of administering justice"⁵. However, this decree also determined the conservation of the magistracy and the tribunal order that had existed up to that time⁶. In this context, according to Martínez Pérez, we can find two of the most relevant traits that were to characterize the implementation of Justice in Spain in contemporary times, i.e.: "that of the provisional nature of the regulations for its organization, and secondly, that of the comprehensive conservation of the personal element of the judiciary"⁷.

The constitutional proclamation of these maxims meant that a new judicial order would be implemented. Our research addresses the study of the organigram of Justice in Spain, from the proclamation of the Constitution of 1812 to the start of Isabel II's reign. The starting point is the fundamental Cadiz framework and the subsequent development of legislation and introduced into our country during the first liberal experience. The Pyramidal structure that was established in this period, which situated the Supreme Court at the apex and unified the intermediary courts, would be consolidated through the homogenization of competences of the territorial Audiencias after the death of Fernando VII in 1833 and his wife Maria Cristina becoming Regent. On the basis of this structure, district judges would share an important role with city mayors in this first level of the Justice system. The city mayor was a complex figure with respect to sharing judicial and executive powers. Over time, legislation would try to address this clear misrepresentation, by first reducing the participation of these local authorities in the administration of Justice and then later eliminating it.

II. THE ORGANIZATIONAL STRUCTURE OF CADIZ JUSTICE (1810-1814 AND 1820-1823)

1. The V title of the Cadiz Constitution

The V title of the Cadiz Constitution is dedicated to the Administration of Justice under the name "of the Tribunals and the Administration of civil and criminal justice". This section is divided into three chapters, namely: the first, "the tribunals", the second, "the Ad-

⁵ "Consequently", continues the same author, "the judicial instances would lose their executive powers, and had to be limited to specifically contentious functions. The legislative authority could not exercise jurisdictional functions either, which until that time had been carried out through the creation of judicial commissions, and parliamentary justice had to be limited to either very special cases or simply abolished. Similarly, neither could the judicial authority carry out legislative tasks by making lax interpretations of the law, but to the contrary they had to judge in accordance with the laws, becoming, as envisaged in the well-known phrase by Montesquieu, the authentic 'mouth of the law'", SAINZ GUERRA, J., *La Administración de Justicia en España (1810-1870)*, Madrid, 1992, page 76.

⁶ "Las Cortes generales y extraordinarias confirma, por ahora, todos los tribunales y justicias establecidas en el reyno, para que continúen administrando justicia según las leyes", decree, 24-IX-1810.

⁷ In this regard vid. MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, 1999 and, by the same author, "Administración de Justicia", in the *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, 2002.

ministration of justice in civil law” and third, “Administration of justice in criminal law”. This Title lays the foundations of an authentic judicial power in just sixty six articles - from 242 to 308⁸.

The maxims of unity, exclusivity, judicial independence, immovability of judges and magistrates, and their responsibility in exercising their functions constituted the keys to the articulated judicial system in Spain from 1812⁹. The Cadiz constituents were aware that one of the main causes of the flaws in the administration of Justice at that time was the abuse by immunity privileges¹⁰. For this reason, the articles would unify immunities, although the political and social circumstances of the time forced them to maintain military and ecclesiastic jurisdiction¹¹. Judicial order became a true power of the State where judicial powers were separated from governmental powers; judging either the King or the Cortes was prohibited and the faculty of removing pending lawsuits and opening concluded cases was abolished. In accordance with constitutional legislation “the power to apply laws in civil and criminal cases belongs exclusively to the tribunals”¹². The proclamation of this principle of independence aimed to guarantee non-interference by the rest of the State powers in judicial activity. To safeguard this axiom the Cadiz Text expressly recognizes the inviolability of the judges and magistrates. In this respect, it indicates that no member of the judiciary can be dismissed from his position unless “by a legally proven and sentenced case, nor can they be suspended, unless legally accused”¹³. Nevertheless, aware of the problems that could arise by putting this into practice, or better said, by abusing this safeguard, since it would enable Justice to take on a despotic authority, in the next line, the constituents claimed responsibility for actions by the members of the judiciary which did not meet the legality in force¹⁴.

2. The judicial order: legislative development.

The foundations set out in the Cadiz constitution in matters of Justice were developed by the decrees of 9 October 1812 and 13 March 1814. The first decree published the Regula-

⁸ ALZAGA VILLAAMIL, O., “El poder judicial en las Constituciones españolas”, in *Constitución y poder judicial: XXV aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, 2003 page 64.

⁹ TENORIO SÁNCHEZ, P.J., “Título V de la Constitución de Cádiz: Poder judicial, origen del Tribunal Supremo y unidad de Códigos” in *Revista de Derecho Político*, Number. 83, January-April 2012, page 315.

¹⁰ ARGÜELLES, A., *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, introduction by Luis Sánchez Agesta, Madrid, 2011, page 99.

¹¹ Arts. 248-250, *Constitución española de 1812*. The preliminary speech justified the maintenance of immunity privileges in the following way: “The commission also believes that no alteration must be made with respect to the immunity of the clergy until both civil and ecclesiastical authorities agree this point in line with the true spirit of the discipline of the Spanish church and the discipline demanded for the general good of the kingdom (...) Likewise, it believes it essential to allow the military that particular aspect of immunity which may be necessary to maintain discipline and subordination of the army and naval troops”, ARGÜELLES, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, page 100.

¹² Art. 242, *Constitución española de 1812*.

¹³ Art. 252, *Constitución española de 1812*.

¹⁴ Arts. 254 and 255, *Constitución española de 1812*. The development of these precepts is specified in the decree of 24-III-1813, *Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos*.

tions of the Audience and the court of first instance, and the second decree, passed legislation for the functioning of the Supreme Court of Justice.

This legal framework configured a single judicial order, homogenous and pyramidal, with the SUPREME COURT¹⁵ at the apex. The Constitution of 1812 itself regulates the existence of the Highest Court, listing its powers while it refers to the previous legislation to fix its functions and composition¹⁶. In accordance with the 1814 Regulations, this judicial instance would have three courts, the first two made up of five magistrates and the third by six¹⁷. It consisted of ministers alternating in order of seniority, thereby preventing those who might have already heard a case in review from making a ruling again in the retrial¹⁸. The fundamental Text required a person to be over 25 and to have been born in Spanish territory in order to occupy the position of judge or magistrate¹⁹. These requirements would be extended by the decree of 17 April 1812, also stating that judges should be “lawyers, enjoy a good image among the public, have been accredited by their science, disinterest and morality, to be devoted to the Constitution of the Monarchy, and have given proof in current circumstances of being in favor of the independence and political freedom of the Nation”²⁰.

At least three ministers would be required to be in attendance to form the court, although in certain exceptional cases, such as appeals for annulment or criminal cases which could lead to corporal punishment, the attendance of five magistrates would be necessary²¹. In any case, no sentence would be passed with less than three agreed votes. If six or more judges should vote, they would have to agree in absolute majority²².

The Highest Court carried out the functions of a jurisdictional and governmental nature. Within the first area it corresponded to the Court:

- a) To settle the competencies between Audiencias throughout Spanish territory.

¹⁵ MARTÍNEZ PÉREZ, F., “La constitucionalización de la Justicia (180-1823)”, in *De la Justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Marta Lorente Sariñena (coord.), Madrid, 2007, page 194. For information about the creation of the High Court vid. MORENO PASTOR, L., *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838*, Madrid, 1989.

Art. 1, decree, 13-III-1814, *Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia*.

¹⁶ Arts. 259 to 261 *Constitución española de 1812*. Indicate the first of these precepts: “Habrá en la corte un tribunal, que se llamará supremo tribunal de justicia”.

¹⁷ Art. 1, decree, 13-III-1814.

¹⁸ In accordance with article 1 of the High Court Regulations of 1814, the courts would be formed in the following way: 1st Court, members 1, 4, 7, 10 and 13; 2nd Court, members 2, 5, 8, 11 and 14; 3rd Court, members 3, 6, 9, 12, 15 and 16. Article 2 of this same regulation declares: “Los Ministros que en un año han compuesto una sala, pasarán en el otro a la siguiente en orden, pero no podrán determinar en revista ninguna causa que hayan fallado en vista, pues para este solo efecto los deberán reemplazar otros tantos Ministros de la otra sala”.

¹⁹ Art. 251, *Constitución española de 1812*.

²⁰ Decree, 17-IV-1812. In this regard vid. MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad...*, page 66.

²¹ Arts. 6 and 8, decree, 13-III-1814.

²² Art. 7, decree, 13-III-1814.

b) To judge in the first and second instance the crimes and offences committed by magistrates of the Audiencias and the Supreme Court itself, members of the Government and State advisors.

c) To resolve the appeals “recurso de fuerza” of all the ecclesiastical high courts of the Court.

d) To decide the appeals of annulment made against sentences ruled in the last instance.

e) To know the residence of public employees legally subject to this control mechanism.

f) To listen to tribunals doubts about the interpretation of a law.

Apart from these functions of a judicial nature, the Supreme Court also assumed the tasks of a governmental nature. In this area, it would be responsible for supervising the functioning of judicial instances “examining the lists of civil and criminal cases that the audiencias should refer to it, thereby promoting a prompt administration of justice”²³.

Within the judicial order designed in Cadiz, the AUDIENCES, as provincial judicial entities²⁴, are to be found below the Highest Court. Through the proclamation of the fundamental Cadiz Text, the hierarchy or differentiation that existed between the old Chancelleries and the Audiencias in the Old Regime disappeared²⁵. From 1812, we can see a unification of these judicial courts with the homogenization of their authority and powers; both magistrates and the institution itself would receive identical treatment in honors and denomination²⁶. The requirements to be an Audience judge were the same as those established for the election of magistrates of the Supreme Court²⁷.

²³ Art. 261, Constitución española de 1812.

²⁴ “Por ahora y hasta que se haga la división del territorio español prevenida en el Artículo 11 de la Constitución, habrá una Audiencia en cada una de las provincias de la Monarquía que las han tenido hasta esta época, á saber: Aragón, Asturias, Canarias, Cataluña, Extremadura, Galicia, Mallorca, Sevilla, Valencia; y en Ultramar, Buenos Aires, Caracas, Charcas, Chile, Cuzco, Guadalajara, Guatemala, Isla de Cuba, Lima, Manila, México, Quito y Santa Fe”, Art. I, Chapter I, decree 9-X-1812, Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia. Besides those cited, Audiencias would be established in Madrid, Pamplona, Valladolid, Granada and the town of Saltillo in Northern America, Art. III, Chapter I, decree, 9-X-1812.

²⁵ “Todas las Audiencias serán iguales en Facultades, e independientes unas de otras, sin que haya asunto de conocimiento exclusivo de ninguna”, Art. XII, Chapter I, decree 9-X-1812.

²⁶ Art. X, Chapter I of this same decree indicates: “Todas las Audiencias tendrán en cuerpo el tratamiento de Excelencia, y sus regentes, ministros y fiscales en particular el de Señoría”. Art. IX, Chapter I of the cited decree indicates: “Cesará en todas las Audiencias la diferencia de oidores y alcaldes del crimen. Todos los ministros de ellas serán unos Magistrados iguales en autoridad, y todos tendrán la misma denominación”

²⁷ In this case, besides the provisions of article 251 of the constitutional legislation, the decree of 3 June 1812 required “gozar de un buen concepto en el público, haberse acreditado por su ciencia, desinterés y moralidad, ser adictos a la Constitución de la Monarquía y haber dado pruebas en las circunstancias actuales de estar por la independencia y libertad política de la Nación”, Decree, 3-VI-1812. The selection process of the magistrates during the Liberal Triennium has been studied by Gómez Rivero in *Los magistrados del primer constitucionalismo*, Pamplona, 2009.

Their powers were exclusively judicial, and they were explicitly exempt from participating in the resolution of governmental and/or economic matters of the provinces²⁸. In general, they would have competencies in the following areas:

a) Appeals

- Appeal, to hear civil and criminal cases that the judges from the first court had referred to second and third instances.
- Annulment, to resolve the appeals made against sentences passed by judges of the first instance when there was possibly no room for appeal. If the annulment were to prosper, it would entail the judge's automatic suspension from employment and salary for one year, as well as the charges for the costs and damages caused by the process. Recurrence entailed the definitive suspension and ineligibility to exercise in the judiciary²⁹.
- Appeals for Protection and appeals "de fuerza" from the ecclesiastical courts and authorities.

b) Judicial responsibility, when judging cases of suspension and separation of lower judges.

c) Conflicts of competence, on settling disputes which arose between lower entities.

Moreover, as hierarchical superior to the courts of first instance, it had to supervise and control their judicial activity. To do so, it would have to periodically receive "notifications of the cases involving crimes, and the lists of pending civil and criminal cases" from junior judges. Likewise, the Audiencias were responsible for receiving new lawyers, and examining candidates to take up a position as scrivener³⁰.

Despite the nature of their powers and the distinctions between all the Audiencias, legislation established a clear differentiation in the composition of these judicial instances according to where they were situated. Although, the appendix below specifies the composition of each one, we would like to point out that the number of magistrates and courts still varied from four courts and ten and six magistrates in large cities like Madrid to two courts and nine ministers in the smaller provinces like Asturias, Cuba, Buenos Aires or Mallorca, for example³¹.

A minimum of three magistrates was required to form a court, although the attendance of at least five judges was required in criminal matters which could incur corporal punishment. In any case, sentence could not be passed without obtaining three agreed

²⁸ Art. XIV, Chapter I, decree 9-X-1812.

²⁹ APARICIO, El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936), page. 36. It is necessary to point out that the decree of 24-III-1813 about the responsibility of civil servants established the following in article VII: "El Magistrado o Juez que por falta de instrucción o por descuido falle contra la ley expresa y el que por contravenir las leyes que arreglan el proceso de lugar a que el que haya formado se reponga por el Tribunal superior competente, pagará todas las costas y perjuicios, y será suspenso de empleo y sueldo por un año. Si reincidiese sufrirá igual pago y será privado de empleo e inhabilitado para volver a ejercer la judicatura"

³⁰ Art. XIII, Chapter I, decree 9-X-1812.

³¹ Art. V-VII, Chapter I, decree 9-X-1812.

votes³². The composition of the courts was carried out by alternating ministers in order of seniority, always understanding that those who made up the court of third instance would not be able to determine any case in appeal that they may have ruled on in a first hearing, “since to this effect other ministers from another court should replace them”³³.

At the base of the judicial pyramid, we find the JUDGES OF FIRST INSTANCE, or DISTRICT JUDGES³⁴. According to doctrine, the district judge of first instance is the cornerstone of liberal Justice and its implementation entailed the end of the absolutist judicial structure. As Sainz Guerra pointed out, “we should not forget that this figure is rooted in a criterion of centralization of justice of first instance, which was complemented by a process of territorial rationalization”³⁵.

The regulations required the existence of a judicial district for every five thousand neighbors. This measure aimed for a more immediate and convenient Justice, with its jurisdictional seat in a place which was suitable because of its neighborhood, proportions and other circumstances³⁶. In order to be a judge, the same qualities for holding a position in the Audience were required³⁷. This court was responsible for³⁸:

a) Hearing all the civil demands that might take place in their territory whose claim may be over five hundred reals (vellón) but may not exceed fifty “fuertes”.

b) Resolving all criminal cases with the exception of the most minor crimes which would be decided by the mayors. With respect to libel crimes, no demand would be admitted unless it was accompanied by the mandatory certificate from the municipal magistrate certifying that an attempt at conciliation had been made before him, as required by the legislation for that purpose.

c) Judging civil and criminal cases for common crimes committed against the mayors of villages and against the district judge of the nearest capital.

The implementation of this judicial court was not easy because, on the one hand, there was no rational distribution of territory; and on the other hand, in practice, the positions for district judges were held by the same people who had exercised this position in the absolutist period. As indicated, the Peninsula greatly complicated the structure of the courts of first instance. The first division of the districts was made in the province of Extremadura almost a year after the Regulations for audiences and Courts of first instance

³² Arts. XXXVII to XXXIX, Chapter I, decree 9-X-1812.

³³ Arts. XXXIV and XXXV, Chapter I, decree 9-X-1812. The formation of the courts would be as follows: Audiences with two courts: 1st Court, 1, 3, 5 and 7; 2nd Court, 2, 4, 6, 8 and 9. Audiences with three courts: 1st Civil Court, 1, 4, 7 and 10; 2nd Civil Court, 2, 5, 8 and 11; Criminal Court, 3, 6, 9 and 12. Audiences with four courts: 1st Civil Court, 1, 5, 9 and 13; 2nd Civil Court, 2, 6, 10 and 14; 1st Criminal Court, 3, 7, 11 and 15; 2nd Criminal Court, 4, 8, 12 and 16.

³⁴ Art. 273, Constitución española de 1812.

³⁵ SAINZ GUERRA, *La Administración de Justicia en España (1810-1870)*, page. 172.

³⁶ Art. I, Chapter II, decree 9-X-1812.

³⁷ Art. 251 Constitución española de 1812 and decree 3-VI-1812.

³⁸ Arts. IX, X, XI, XIII and XV, Chapter II, decree 9-X-1812.

were approved³⁹. It would be necessary to wait until the Triennium for the first provincial division to be made, albeit provisionally, and for advances to be made in the division of judicial districts⁴⁰, which would not be concluded definitively until 1834⁴¹. This circumstance forced legislation itself to establish a transition mechanism where judges by royal appointment, sub-delegates Overseas and the constitutional mayors were assigned to resolving all criminal cases and civil lawsuits until the approval of the new distribution of districts⁴².

In addition to this circumstance, is the fact that the work of judges of first instance would be carried out to a great extent by the same people who during absolutism had imparted Justice. There was a clear permanence and continuity in the staff that made up the district Courts. Professor Gómez Rivero has made a detailed study of the career and access of these judges during the so-called Liberal Triennium (1820-1823), indicating that “nearly half of the new judges had exercised this activity under the absolutist system, and would do so again in the Ominous Decade”⁴³.

A special mention should be made of the CONSTITUTIONAL MAYORS of the different villages and cities of the Peninsula, which was an institution of a governmental and contentious nature whose main commitment was to carry out conciliatory functions. In this case, legislation required that before presenting a demand before the district judge in any civil or libel case, an act of conciliation should be attempted before the corresponding mayor. In these cases, the maximum municipal authority, assisted by “two arbiters” each named by each party, would hear the complaints of the claimant and the accused, and after hearing the judgment by the two associates, a conciliation ruling would be passed in a maximum period of eight days⁴⁴. This would not be the only contentious activity by mayors - the Regulations of 1812 also assigned them functions of a civil and criminal order. In civil cases, they would resolve those demands that did not exceed five hundred reals (de Vellón); and in criminal matters, it was the libel cases and minor crimes “that do not deserve any sentence other than a reprimand or a minor punishment”⁴⁵ that would also come under their competence. Likewise, by request of one party, it would

³⁹ GÓMEZ RIVERO, R., *Los jueces del Trienio Liberal*, Madrid, 2006, pages 10-12.

⁴⁰ “During the biennials 1813-1814 y 1820-1821 the Cortes approved the creation of 415 judicial districts distributed among thirty three provinces. In some capitals there was more than one court, such as Barcelona, with 4; Cadiz, 2; Cordoba, 2; Granada, 3; Madrid, 6; Malaga 2; Murcia, 2; Valencia, 6; Seville, 3 and Zaragoza, 2,” GÓMEZ RIVERO, *Los jueces del Trienio Liberal*, page 20. About the provincial divisions at this time vid. J. BURGUEÑO, *Geografía política de la España constitucional: la división provincial*, Madrid, 1996, page 322. For the specific case of the kingdom of Valencia and the province of Alicante vid. PÉREZ JUAN, J.A., *Centralismo y descentralización. Organización y modelos territoriales en Alicante, 1812-1874*, Madrid, 2005, pages 39 and foll.

⁴¹ In this regard vid. ORDUÑA REBOLLO, E., *Partidos judiciales 1834. Subdivisión en partidos judiciales de la nueva división territorial de la Península*, Madrid, 2000.

⁴² Arts. I and foll. Chap. IV, decree, 9-X-1812. The application of this measure between 1820 and 1823 has been analyzed by Gómez Rivero in his previously cited work *Los jueces del Trienio Liberal*, pages 74 and foll.

⁴³ GÓMEZ RIVERO, *Los jueces del Trienio Liberal*, page 8.

⁴⁴ Art. I, Chap. III, decree, 9-X-1812.

⁴⁵ Art. V, Chap. III, decree, 9-X-1812.

be possible for them to hear those proceedings that the district judge was unable to attend because of their urgency, such as “the prevention of an inventory, the formulation of a retraction and others of this nature”⁴⁶. Also, in the case of a crime committed in their district, or a delinquent being found, they could formulate the first summary proceedings and take prisoners into custody as long as they had been accused of some act “by which they deserve according to the law to be punished with corporal punishment, or when they are apprehended committing it in fraganti”⁴⁷.

The executive body is undoubtedly one of the most controversial institutions of the period, as it assumed judicial competencies, manifestly violating the principle of the division of powers proclaimed by the Cadiz Constitution of 1812. The situation would become legally unsustainable and would be dealt with in later years during the Regencies, as seen below.

This legal framework would be subjected to the political ups and downs of the history of Spain during the first half of the 19th century. In 1814, the judicial order presented above disappeared and the liberal model was recuperated in 1820 until its abolition only three years later with the start of the so-called absolutist Decade. Despite this organigram being in force for a brief period, we should not ignore its importance and the influence that it had on later provisions. Many of the precepts of this first liberal stage would inspire and serve as a basis for the regulation of Justice in subsequent historical periods⁴⁸.

III. THE JUDICIAL ORGANIGRAM DURING THE REGENCIES (1833-1844)

1. Introduction

The death of Fernando VII in 1833 forced his wife, Maria Cristina, to accept the Regency of the kingdom during her daughter Isabel's minority. It does not concern us to study the historical events that took place in those years, however, we would like to indicate that the ideological struggle between “isabelinos” and supporters of the pretender to the throne, Carlos Maria Isidro, contributed to the fall of the political and legal system of the Old Regime and the gradual establishment of the liberal regime⁴⁹.

María Cristina inherited an “Oppressed Spain”⁵⁰, with an antiquated institutional organigram rooted in the Old regime and in need of Reforms. It was not, therefore, a coin-

⁴⁶ In these cases, once concluded, the file had to be referred to the competent judge, Art. VII, Chap. III, decree, 9-X-1812.

⁴⁷ Art. VIII, Chap. III, decree, 9-X-1812.

⁴⁸ APARICIO, El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936), page 29.

⁴⁹ According to doctrine “if this cause (the isabelina) ended in triumph, it was not because of the monarchical enthusiasm of those who supported it, but because Cristina and Isabel constituted the only possible flag for liberal elements against the claims of Fernando VII's brother. It was, therefore, an artificial alliance, or if you prefer, an alliance of convenience” . COMELLAS, J.L., Isabel II, una reina y un reinado, Barcelona, 1999, page 28.

⁵⁰ CONDE DE ROMANONES, Un drama político. Isabel II y Olózaga, Madrid, 1942, pages 31-32.

cidence that from the start the regent should be concerned with organizing the Administration. She knew that if she wanted a strong Government she would need to guarantee a rapid and effective governmental action, and to do so it was necessary to order the complex panorama of the territorial administration, which is what she communicated to her minister of Development, Javier de Burgos⁵¹. When she put him in charge of the ministry, she asked him to devote himself “above all to setting out and proposing to me the civil division of territory in agreement with the Council of ministers, as the basis of the interior administration, and as a means for establishing the towns”⁵². Only a few days later, the decree of 23 October 1833 for the creation of sub-delegates of development was passed, and six months later, on 30 November 1833, the decree of territorial division was passed, whereby Spain was divided into 49 provinces⁵³. Parallel to the administrative reforms, the transformation of the political system was initiated. On 10 April 1834, the Royal Statute was published; a basic regulation or legal regime which, in the opinion of Tomás Villarroja, was characterized by its being an incomplete fundamental text because its content was limited to regulating the organization of the “Cortes”⁵⁴.

These would not be the only changes. Although below we will refer in detail to the legislation passed in matters of justice during these years, I would like to point out that during this period, we would experience an authentic “legal revolution”⁵⁵. The ideas of administrative rationalization and unification that would take precedence in Javier de Burgos work would be reflected in Justice. The reform started with the decrees of 24 March 1834 which would abolish the old Councils, characteristic of the absolutist period, and a single Council of State was installed called the Royal Council of Spain and the Indies instead of the Councils of Castile and the Indies⁵⁶.

During the regency of the governing queen, we can witness an authentic avalanche of regulations directed at organizing the legal structure. Leaving to one side those of lesser importance, we should highlight the provisional Regulations of 26 September 1835, the Regulation of the High Court of Spain and the Indies of 19 October of the same year,

⁵¹ „An eminent man, who was not at all advanced in his liberal ideas, contributed powerfully to discrediting the system, that nothing could sustain (...) named minister of Development on 21 October, he began to remove the obstacles that shamefully held back agriculture, industry and commerce „, PIRALA, A., *Historia de la Guerra civil y de los partidos liberal y carlista*, Vol. I, Madrid, 1984, page 252.

⁵² Decree, 30-XI-1833, mandando hacer la división territorial de las provincias.

⁵³ This territorial rationalization process would culminate in the approval of the decree of the subdivision of provinces into judicial districts on 21 April 1834.

⁵⁴ TOMÁS VILLARROYA, J., *El Estatuto Real de 1834 y la Constitución de 1837*, Madrid, 1985, page 17-19.

⁵⁵ LORENTE SARIÑENA, M., MARTÍNEZ PÉREZ, F. and SOLLA SASTRE, M.J, *Historia legal de la Justicia en España (1810-1978)*, Madrid, 2012, page 115.

⁵⁶ This legislation would be accompanied by three more decrees of the same date. A third decree abolishing the High Council of war, substituting it with the High Court of War and Navy; a fourth decree, abolishing the High Council of Finance and creating, the High Court of Finance in its place; and finally, a fifth decree which declared the need to reform the Royal Council of military Orders “hoping to harmonize the Administration of Justice throughout the kingdom.” Note that the High Court of Finance would disappear by decree on 13 September 1835, and its functions were taken on by the High Court of Spain and the Indies.

and the Ordinances of the Royal Audiences of 19 December 1835. The next section of this study will be dedicated to the study of these regulations. Now, we are interested in briefly highlighting the importance of the first of the cited decrees. The provisional Regulations would be a key to the whole transformation process that Justice would experience in these years. It fixes the four great steps that the Cadiz project had provided for: mayors, district judges, Audiences and High Court. It is a hybrid regulation that combines organizational, procedural and substantive regulations⁵⁷. Despite its provisional character, it eventually became the only organizational regulation which the judiciary would count on until 1870⁵⁸.

As already known, the events that took place in the Granja de San Idelfonso, during the summer forced the regent to reestablish the Cadiz Constitution and with it, part of the legislative work that accompanied it⁵⁹. Only a few months later, on 18 June 1837, a new fundamental Text was passed. This Magna Carta dedicates very few regulations to Justice and they are found grouped under the X title called "Judicial Power". It contains only 6 articles, from 63 to 68, limited to recognizing the public nature of criminal lawsuits and to laying down the basic axioms of Liberal Justice which are those of exclusivity⁶⁰, immovability⁶¹ and responsibility⁶². The lack of constitutional regulation in matters of Justice would be offset by the passing of the decree of 16 September 1837 which declared the provisions of the V Title of the Cadiz Constitution to be in force providing that they were not contrary to the new fundamental text or had not been revoked by another previous regulation⁶³.

⁵⁷ APARICIO, El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936), page 51.

⁵⁸ It is of interest to point out that the provisional Regulations of 1835 were "just that, Regulations mediated through a Royal decree whose text was not even discussed in the limited parliamentary context fixed by the Royal Staute", LORENTE SARIÑENA, MARTÍNEZ PÉREZ and SOLLA SASTRE, Historia legal de la Justicia en España (1810-1978), page 117.

⁵⁹ NIETO, Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón, pág. 152. It is important to take into account the reestablishment of the Cadiz fundamental text which was carried out by the decree of 30 August 1836, and which under no circumstances meant the recuperation of all the legislation of the first liberal "Cortes".

⁶⁰ "A los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado", Art. 63 Constitución española de 1837.

⁶¹ "Ningún magistrado o juez podrá ser depuesto de su destino, temporal o perpetuo, sino por sentencia ejecutoriada; ni suspendido sino por auto judicial, ó en virtud de orden del Rey, cuando este, con motivos fundados, le mande juzgar por el tribunal competente", Art. 66, Constitución española de 1837.

⁶² "Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan", Art. 67, Constitución española de 1837.

⁶³ "Se declaran subsistentes en todo su vigor, por ahora, como leyes y hasta que las que dieren determinen otra cosa, todas las disposiciones contenidas en el título quinto de la Constitución de 1812 que no hayan sido derogadas o modificadas por la Constitución de 1837", decree, 16-IX-1837 declarando subsistentes el título 5º de la Constitución de 1812.

2. Legal framework: The survival of the Cadiz legacy

The most important regulation passed in this period in matters of Justice was undoubtedly the Regulation for the Administration of justice in the ordinary jurisdiction of 26 September 1835. This provision aimed to clarify and order legislation in legal matters in force up to that date, responding to the urgent need to “modify the old procedural criteria, and the need to implement the organization of Justice according to the liberal principles”⁶⁴. As indicated above, this provision was complemented a few months later by the Regulations of the Supreme Court of Spain and the Indies of 17 October 1835 and the Ordinances for all the Audiencias of the Peninsula and the adjacent Islands of 20 December 1835.

This legal framework maintained the pyramidal structure established in Cadiz. The legislation with reference to the SUPREME COURT introduced few relevant modifications in this point. In fact, on talking about the regulations of 1835, an author has pointed out that it is “a literal transcription of the Cadiz Regulations”⁶⁵.

In the intermediate structure the AUDIENCIAS were maintained. This point of the new regulations ratified the principle of hierarchical equality and competence between all of them as established in Cadiz⁶⁶. From 1835, its composition was simplified, distinguishing only two types of these judicial instances with two and three courts⁶⁷ and tolerating the formation of extraordinary courts “to assist the ordinary courts in dealing with assigned lawsuits”⁶⁸. The Audiencias with three courts would be made up of twelve magistrates, except in Madrid which would have one more. The rest would be integrated by nine members, except for Audiencias in the Canary Islands, Mallorca and Oviedo who would only have six.⁶⁹

This legislation continued with the practice of differentiating between civil and criminal affairs. According to the doctrine this measure “is not to separate both jurisdictions into hermetic departments, with specific magistrates designated to each of them, since those who exercised civil jurisdiction one year would change to criminal jurisdiction the following year; apart from the simultaneous exercise that would be required of them for

⁶⁴ SAINZ GUERRA, *La Administración de Justicia en España (1810-1870)*, page. 83. The words of the juriconsult Adame Muñoz referring to this legal text are eloquent: “Its aim was (...) to reform our legislation in the area of procedures; introducing some important reforms and dismissing some abuses that had gradually arisen through the customs practiced in the courts, although contrary to the principles of justice and the very laws in force”, ADAME MUÑOZ, S., *Curso histórico-filosófico de la legislación española*, Sevilla, 1855, page 614.

⁶⁵ APARICIO, *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, page 49.

⁶⁶ Art. 57, decree, 26-IX-1835, *Reglamento para la Administración de Justicia en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria*.

⁶⁷ Art. 61, decree, 26-IX-1835.

⁶⁸ Art. 62, decree, 26-IX-1835.

⁶⁹ In the appendix at the end of this paper the exact composition of each of these Audiencias is given. Note that those made up of three courts (two civil and one criminal) were in Madrid, Aragon, Catalonia, Galicia, Granada, Seville, Valencia and Valladolid. Those of two courts, one civil and the other criminal corresponded to Albacete, Asturias, Burgos, Canary Islands, Extremadura, Philippines, Mallorca and Navarra. To the contrary, Cuba and Puerto Rico would maintain the previous composition.

substitutions and disputes. It is in fact to speed up the more complex and prolonged civil cases which used to come to a halt at the courts in the second instance⁷⁰. To form a general court, as in the previous level, three magistrates were required to attend, and no sentence could be ruled without the concurrence of three votes in favor⁷¹.

Hardly any differences can be found in the area of powers⁷². From 1844, we can observe great changes in this aspect. At this time, and as a consequence of the passing of the Addition to the Regulations of the Supreme Court and to the ordinances of the Audiencias, the Governing Board of court or the Government Chamber, as it would later be called, was created. This new institution was responsible for “the resolution of all affairs which until then had come under the powers of the plenary audiencias in accordance with the provisional regulations and its ordinances”⁷³.

However, on the lower scale greater difficulties can be found. The legislation passed during that period mainly affected the maximum judicial entity and the Audiencias, but with respect to the COURTS OF FIRST INSTANCE it was limited to indicating their powers and the procedure to be followed for each type of case. The district judges were responsible for all civil and criminal matters that took place in the territory under their jurisdiction⁷⁴. In the first type of disciplinary action, when the demand was higher than 10 duros but did not exceed 25, the process was dealt with orally with the rest of the cases having to be processed in writing⁷⁵. If the claim was higher than this amount, but did not reach 40.000 maravedís, the procedure would be simplified and shortened “as far as the laws and the clarification of the truth permit”. In these cases, the sentences could be subject to appeal before the Council of the capital of the respective judicial district, or contested for annulment before the provincial Audience⁷⁶. Other civil demands would likewise be heard before the courts of first instance, although their decision would be subject to appeal before the territorial superior court⁷⁷. Except in cases that did not merit a sentence

⁷⁰ SAINZ GUERRA, *La Administración de Justicia en España (1810-1870)*, pages 190-191.

⁷¹ “Para el despacho de sustanciación, así en lo civil como en lo criminal, no siendo denegación de soltura, determinación de formal artículo, admisión o denegación de súplica, de prueba ó de recurso superior, ó alguna otra providencia que pueda causar perjuicio irreparable, dos ministros serán suficientes”. To the contrary, the presence of five ministers “para ver y fallar en segunda o tercera instancia alguna causa criminal en que pueda recaer pena corporal, pero bastarán para formar sentencia tres votos absolutamente conformes”, Arts. 74 and 75, decree, 26-IX-1835.

⁷² Art. 58, decree 26-IX-1835. These same articles refer to the Ordinances for all the Audiencias, art. 3, decree, 19-XII-1835, Ordenanzas para todas las Audiencias de la Península e Islas Adyacentes

⁷³ Art. 2, decree, 5-I-1844, adicional al reglamento del Tribunal Supremo de Justicia y a las ordenanzas de las Audiencias.

⁷⁴ Art. 36, decree, 26-IX-1835.

⁷⁵ Art. 40, decree, 26-IX-1835.

⁷⁶ If an appeal was made before the municipal Corporation, the case would be resolved by the Council plenary who “asistido de algún asesor letrado, se instruirá bien de lo que de ellos resulte, y oyendo de palabra cuanto las partes tuvieren que exponer, ó intentaren probar con nuevos testigos que presenten en el acto, pero sin admitirles ningún escrito, ni dar lugar á más trámites, pronunciará ex aequo et bono la sentencia que le parezca más justa; la cual sin ulterior recurso causará ejecutoria, y será llevada á puro y debido efecto por el juez, devolviéndose los autos para ello”, Arts. 41 and 42, Regulations, 26-IX-1835.

⁷⁷ Art. 43, decree, 26-IX-1835.

other than a reprimand or a minor punishment, criminal matters were heard by the judges of first instance⁷⁸. They also had to resolve matters about common crimes that occurred against mayors or deputy mayors of their district. Under no circumstances would these judges admit libel demands without having accredited a previous attempt to conciliate before the respective mayor or justice of the peace⁷⁹. Over the years, this legislation became insufficient, and in some aspects contradictory. This circumstance forced an important reform to be made in the middle of 1844, and new Regulations for courts of first instance were passed. This new provision dealt with the statute for staff from the courts of first instance, especially the judges of first instance, as well as regulating the actions related to the administration of Justice by officials lacking in jurisdiction. An important legal lagoon would be covered by this provision as it regulated the basic aspects of judicial life, such as taking an oath, investiture, substitution, the celebration of audiences, timetable; the statute for judges of first instance was finally systematically defined⁸⁰.

In the same way, during this stage, the judicial powers of the CONSTITUTIONAL MAYORS were maintained, although the cases were reduced to claims of two hundred reals, and their activity focused on holding acts of mediation⁸¹. In criminal matters, they would continue hearing libel affairs and minor offences that did not merit punishment other than a reprimand or minor punishment⁸². On the basis of the above, it is clear that the legislator was willing "to professionalize" Justice and to reduce the expression of participation of municipal authorities to a minimum. Nevertheless, we should highlight this point: the Constitution of 1837 prohibited the mayors from exercising contentious functions, thereby safeguarding the principle of the division of powers, so the interference of executive authorities in the administration of justice would disappear. However, the re-establishment of the V Title of the Constitution of 1812 in virtue of the decree of 16 September 1837 revived the controversy. Again the mayors would carry out functions of a judicial nature. In practice, it was not a peaceful situation⁸³. We cannot go into detail, although we should indicate that the situation was resolved definitively when the Law of Civil indictments was passed in 1855, and governmental authorities were definitively excluded from judicial activity.

⁷⁸ The procedure for this type of matter had to be carried out in accordance with the formalities set out in article 51 of the Regulations of 26-IX-1835. Without going into detail, it should be pointed out that the legislation aims to prevent these cases from prolonging, and to establish fixed limits for carrying out the necessary proceedings to clarify the facts and prohibit those proceedings that are expressly "superfluous or useless".

⁷⁹ Art. 47, decree, 26-IX-1835.

⁸⁰ 1-V-844, decree, Reglamento de los juzgados de primera instancia del reino. In this sense, *vid.*, APARICIO, El estatus del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936), page 71.

⁸¹ Arts. 22 and foll., decree, 26-IX-1835.

⁸² Art. 31, decree, 26-IX-1835.

⁸³ "From this date, however, the participation of the mayors in jurisdictional matters was not peaceful, since it led to conflicts that arose from the invasion of functions belonging to the judges of first instance (intromissions sometimes tolerated), and in the interest of the Government moderated by reducing the powers of the former, especially in everything related to public order", SAINZ GUERRA, La administración de justicia en España (1808-1870), page 166.

In conclusion, the judicial order developed during the regencies would follow the Cadiz model, regulating its functions by the Regulations of 1835 which, despite their provisional nature would be in force until 1870, when a new law of organization of judicial power was proclaimed in Spain.

3. Legislative Index⁸⁴

- Decreto I de 24-IX-1810. Declaración de la legítima constitución de las Cortes y de su soberanía: nuevo reconocimiento del Rey D. Fernando VII y anulación de su renuncia a la corona: división de poderes, reservándose las Cortes el legislativo: responsabilidad del ejecutivo, y habilitación de la Regencia actual, con la obligación de prestar el juramento a las Cortes: fórmula de este: confirmación interina de los tribunales, justicias y demás autoridades: inviolabilidad de los diputados.
- Decreto LXXXII de 6-08-1811. Incorporación de los señoríos jurisdiccionales a la Nación.
- Título V De los Tribunales y de la Administración de justicia en lo civil y criminal Constitución española de 19-III-1812
- Decreto CLXVIII de 3-VI-1812. Sobre las calidades que deben tener los empleados en la judicatura.
- Decreto CCI de 9-X-1812. Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia.
- Decreto CCXLIV de 24-III-1813. Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos.
- Decreto CCLIII de 19-IV-1813. Instrucción para dirimir las competencias de jurisdicción en toda la Monarquía.
- Decreto LV de 13-III-1814, Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia.
- Reales decretos de 24-III-1834, que contienen el arreglo de los Tribunales supremos de la Nación, con las atribuciones y demás que les corresponde.
- Real decreto, 21-IV-1834, subdividiendo las provincias en partidos judiciales.
- Real decreto de 26-IX-1835, que contiene el Reglamento para la administración de justicia en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria.
- Real decreto de 17-X-1835, que contiene el Reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias.
- Real decreto de 19-XII-1835, que contiene las Ordenanzas para todas las Audiencias de la Península e Islas adyacentes.
- Decreto, 30-08-1836, sobre restablecimiento de normas
- Título X, Del poder judicial, Constitución española de 18-VI-1837.

⁸⁴ The legislation reference here can be consulted on the website: <http://legishca.edu.umh.es/>

- Decreto, 16-09-1837, declarando subsistente el título 5º de la Constitución de 1812.
- Real decreto, 5-I-1844, Adición al reglamento del Tribunal supremo de Justicia y a las ordenanzas de las Audiencias.
- Decreto, 1-V-1844, Reglamento de los juzgados de primera instancia del reino

4. Table of the composition of Audiencias

Decree of 9 March 1812, Regulations of the Audiencias and Courts of first instance

Type a)

Madrid	
	1 Regent 16 Ministers 2 Prosecutors
2 Civil courts (4 ministers)	2 Criminal courts (4 ministers)

Type b)

Aragon, Catalonia, Extremadura, Galicia, Granada, Lima, Mexico, Navarra, Seville, Valencia and Valladolid.	
	1 Regent 12 Ministers 2 Prosecutors
2 Civil courts(4 ministers)	1 Criminal court (4 ministers)

Type c)

Asturias, Buenos Aires, Canary Islands, Caracas, Charcas, Chile, Cuba, Cuzco, Guatemala, Mallorca, Manila, Quito, Saltillo and Santa Fe	
	1 Regent 9 Ministers 2 Prosecutors
1 civil and criminal court (4 ministers)	1 court of third instance (5 ministers)

Provisional Regulations for the Administration of justice in the ordinary jurisdiction, of 26 September 1835

Ordinances for all the Audiencias of the Peninsula and the adjacent islands, of 20 December 1835

a) Three courts and 13 magistrates

Audience of Madrid	
	1 regente 13 magistrates 2 prosecutors
2 civil (4 magistrates)	1 criminal (5 magistrates)

b) Three courts and 12 magistrates

Audiencias de Aragon, Barcelona, La Coruña, Granada, Seville, Valencia, Valladolid and Zaragoza	
	1 Regent 12 magistrados 2 prosecutors
2 civil (one court with four and the other with three)	1 criminal (5 magistrates)

c) Two courts and 9 magistrates

Audiencias of Albacete, Burgos	
	1 Regent 9 magistrates 2 prosecutors
1 civil (4 ministers)	1 criminal (5 ministers)

d) Two courts and 9 magistrates with only one prosecutor

Audiencias de Caceres and Navarre	
	1 Regent 9 magistrates 1 prosecutor
1 civil (4 ministers)	1 criminal (5 ministers)

e. Two courts and 6 magistrates

Audiences of the Canary islands, Mallorca and Oviedo	
	1 Regent 6 magistrates 1 prosecutor
1 civil (3 magistrates)	1 criminal (3 magistrates)

La influencia del liberalismo europeo en Iberoamerica: la precursora constitución colombiana de Cundinamarca (1811)

Julián Hurtado de Molina Delgado

I. Introducción	248
II. Estructura del Proceso Emancipador en nueva Granada	252
III. Proceso Constituyente de Cundinamarca	257
IV. La Constitución de Cundinamarca, DE 1811	265

RESUMEN

El año 1808 marcó en el conjunto de la monarquía española una profunda renovación de los principios de la soberanía y de la representación política, basados en nuevos fundamentos liberales. Ante la ausencia de la figura real, en 1810 las provincias americanas del virreinato de Nueva Granada, en torno a sus principales centros urbanos y de actividad política, asumieron la soberanía y constituyeron gobiernos provisionales.

A partir de 1811 estas provincias se erigieron en Estados americanos unidos por la común jefatura regia, que más tarde declararon su independencia de España. Tal multiplicación territorial de la soberanía en este anterior virreinato, trajo como consecuencia la proliferación de procesos constituyentes tanto sucesivos como paralelos, dificultando la constitución de un gobierno general. Será la Junta del 20 de julio de 1810, creada ante los hechos del “Florero de Llorente”, la que nombre a José Miguel Pey de Andrade como presidente de la misma, quién será por tanto primer jefe del gobierno del Estado Colombiano, formándose a continuación en marzo de 1811 en Santafé de Bogotá el primer congreso o asamblea constituyente con el nombre de Colegio electoral constituyente del Estado de Cundinamarca, que promulgó el 4 de abril de 1811 la primera constitución de alcance nacional colombiana, eligiendo a Jorge Tadeo Lozano como jefe del gobierno del nuevo Estado.

Se trata del primer texto constitucional de alcance nacional promulgado en la América hispana durante el proceso de emancipación, anterior a la propia constitución española de Cádiz de 1812, y basado por otra parte no solo en genuinos y generales principios políticos liberales sino con una notable influencia concreta de la constitución de los Estados Unidos de América.

ABSTRACT

The year 1808 marked a profound renewal in the entire Spanish monarchy regarding the principles of sovereignty of the people and political representation. In the face of the vacated region, the provinces of Nueva Granada reassumed sovereignty and established provisional governments in 1810. As of 1811, [these provinces became states that would later declare their independence from Spain. The territorial 'multiplication' of sovereignty led to difficulty in constructing a general government, which in turn would threaten to dismember the "kingdom" and finally led to its break-up in a war that would last until the arrival of Pablo Morillo and the "Reconquista".

Definitively, Cundinamarca's constitution supposes an evolutionary link between the previous system of the Illustration and the later and full Liberalism.

Cundinamarca's text supposes equally that these first constitutions of territories of the Hispanic America, were not based exclusively on the later Spanish constitution of 1812, but they answer to a previous and wide socio-political liberal movement of European influence, especially French, and also of the commanding USA in Iberoamerica in that moment.

This influence is demonstrated specially in the judicial system and in the recognition of rights and duties of the citizens that this first constitutional text establishes of Iberoamerica.

I. INTRODUCCIÓN

El año de 1808 marcó efectivamente en el conjunto de la Monarquía española una profunda renovación de los principios de la soberanía del pueblo y de la representación política, que anunciaron vientos de modernidad y serán los pilares de la emancipación americana.

En 1810 las provincias que conformaban el virreinato de Nueva Granada eran Veragua, Panamá, Antioquia, Cartagena, Casanare, Mariquita, Pamplona, Citará, Popayán, Santafé, Tunja, Santa Marta, Río Hacha, El Socorro y Neiva.

Ante la evidente imposibilidad de constituir un único gobierno para el conjunto del virreinato –como a continuación analizaremos–, son las capitales de provincia las que asumen el principio de soberanía, aunque luego otras poblaciones establecieron juntas soberanas, de forma que aparte de en Santa Fé de Bogotá, en otros quince lugares del virreinato se establecieron juntas supremas de gobierno provisional. Cartagena fue la primera ciudad de Nueva Granada que constituyó una junta de gobierno el 22 de mayo de 1810. Le siguió Cali (el 3 de julio), Pamplona (el 4 de julio), Socorro (el 10 de julio), Santa Marta (el 10 de agosto), Santafé (el 20 de julio), Antioquia (el 31 de agosto), Quibdó (el 16 de septiembre), Neiva (el 22 de septiembre) y Nóvita (el 27 de septiembre). Solo quedaron directamente bajo la directa autoridad española los territorios de Veragua, Panamá y Río Hacha.

Cabría preguntarse antes de nada, ¿por qué se constituyen estas juntas y se desencadena este proceso en las provincias de la Nueva Granada?

En el año de 1810 los habitantes de la América española y en especial sus autoridades y las élites criollas, consideraban a la vista de las noticias que llegaban, que Napoleón había acabado con la Corona española en la Península, dominando la mayor parte de su territorio e imponiendo un gobierno ilegítimo y por lo tanto se erigieron en una “resistencia” que buscaba conservar los derechos de Fernando VII frente al enemigo exterior constituido por los invasores franceses, para lo que entre tanto asumía la representación directamente el “pueblo”. Esta representación e incluso, para muchos autores soberanía, en un principio era transitoria, pues se esperaba que el rey regresara. En el Nuevo Reino de Granada ese año comenzó con la formación de las ya mencionadas Juntas de Gobierno Provinciales y terminó con el primer intento para reunir un Congreso del Nuevo Reino. A partir del concepto de la “soberanía del pueblo” se construyó entonces la nueva legitimidad política.

El proceso de constitución de las juntas locales fue prácticamente idéntico en cada ciudad, así convocados los vecinos en la Plaza Mayor de la ciudad, el cabildo municipal, por aclamación de los asistentes, en su nombre, y con la aprobación del comisario enviado –en ocasiones– por el Consejo de Regencia, instauraba una Junta Autónoma de Gobierno, presidida por el Gobernador y dos miembros del cabildo. Estas Juntas de Gobierno Provisionales, tenían tal carácter de provisional porque, como dicen las proclamas de las mismas Juntas, se creía que la Península estaba perdida, quizás para mucho tiempo, y por lo tanto buscaban conservar los derechos de Fernando VII durante su ausencia.

Al mismo tiempo y durante el proceso de constitución de Juntas de Gobierno, el “pueblo” era identificado con los habitantes de cada ciudad capital que se reunían para reclamar sus derechos, es decir, el pueblo urbano. Pero una vez instaladas las Juntas, el “pueblo soberano” se identificaba con la comunidad política que conformaba cada provincia. La formación de las Juntas se apoyaba en el pactismo de los siglos XVI y XVII, según el cual “la transmisión del poder de Dios al rey, se hacía por intermedio del pueblo -de las comunidades políticas antiguas-, una vez desaparecido el rey, el poder volvía a su fuente: al reino”, o con un término cada vez más utilizado, a la Nación -.

Existía por tanto una concepción plural de la estructura política de la Monarquía, es decir, para los actores de la época ésta se componía por diferentes comunidades, “los pueblos de España y de América”. Desaparecido el rey, los pueblos podían retomar la soberanía que le habían cedido. En esta concepción pluralista del territorio, los pueblos de América no eran solamente los reinos, pues a su vez éstos estaban conformados por otros pueblos. Cada pueblo se componía de una ciudad principal, un territorio y unas ciudades subordinadas. Cada uno era una entidad orgánica que hablaba a una sola voz y que ahora establecía su gobierno propio siguiendo el principio de “soberanía del pueblo”.

El 20 de julio de 1810, en la capital del virreinato asistimos al mismo escenario. Los habitantes de Santafé reunidos en la Plaza Mayor pidieron conformar un cabildo extraordinario para transferir el “Supremo Gobierno del Reino”. En esta ocasión, la comunidad

entendida como “pueblo soberano” era el conjunto del Nuevo Reino de Granada. Luego veremos con mas detalle el desarrollo de los acontecimientos.

Así, la Junta Suprema del Reino, constituida por el cabildo de Santafé y los representantes nombrados por aclamación, se declaró depositaria provisional del gobierno del reino. El virrey Antonio José Amar y Borbón, que debido a su sordera posiblemente no se enteró bien de los acontecimientos, fue nombrado presidente de la Junta. Ese mismo día ésta reconoció al Consejo de Regencia como autoridad provisional de la Monarquía. Sin embargo, el día 25 del mismo mes, es decir cinco días después, se comenzaron a lanzar bulos de que planeaba disolver la junta y ésta depuso al virrey encarcelándolo.

El 29 de julio, buscando constituir un gobierno legítimo para el reino, que a su vez redactara una Constitución, la Junta invitó oficialmente a las provincias a nombrar sus diputados para reunir un Congreso o Cortes de Cabildos. Para estos efectos propuso seguir el reglamento de elecciones decretado por la Junta Central de Cádiz en 1809. Cada capital de provincia debía elegir un diputado, y además, la Junta recomendaba no excluir los cabildos subalternos de tales elecciones. Para las elites santafereñas la asunción de la soberanía por parte de las provincias, a través de la conformación de Juntas durante los meses anteriores, “amenazaban con la desmembración y la disolución política de este Cuerpo social” . Santafé era la capital del reino, y para salvarlo, debía crear un gobierno provisional y convocar una reunión para conformar uno legítimo.

Santafé era la capital oficial del virreinato. Pero si las autoridades desaparecían, ¿cómo mantener la cohesión y la jerarquía? ¿Cómo podía Santafé continuar siendo la capital y mantener la unidad de esta pretendida sociedad, si ya las provincias habían reasumido la soberanía? Finalmente, ¿cómo legitimar el gobierno provisional que ella había constituido para el conjunto del reino? En la Proclama del 29 de julio la Junta Suprema presentó su iniciativa como un hecho simplemente “circunstancial”. Además, señaló que no quería “prescribir reglas a las Provincias ni se ha erigido en superior de ellas” ; y como consta en el Acta del 20 de julio, pretendía respetar el principio “de libertad y de independencia respectiva de ellas” .

Al mismo tiempo proponía ser “el centro común de unión”-, creando, de una cierta manera, una dependencia entre la unidad del reino, su rol como capital y la constitución de un gobierno indiscutible. La legitimidad histórica jugó un papel importante en la tarea que emprendió Santafé. Tanto la Junta como el Diario Político y “el Aviso al Público” incitaron a las provincias a mantener el “orden” y sus relaciones, a través de los lazos tradicionales, los lazos sagrados del Cuerpo Social y subrayaron la importancia de conservar la unidad del Reino para su legítimo soberano, Fernando VII.

Efectivamente los lazos tradicionales atrajeron a las capitales de provincia. Por ejemplo, el gobierno de Mariquita en correspondencia del 26 de julio, afirmó que “según las relaciones políticas y gubernamentales por las que se encuentra ligada esta provincia con la capital (Santafé), del que ella debe seguir todos los momentos y en consecuencia obedecer y reconocer su gobierno”.

De esta forma, algunas provincias reconocieron a Santafé como cabeza del reino, admitiendo la continuidad del orden administrativo en el orden político; así lo hicieron Honda, Neyba, Quibdó y Nóvita. Pero no todas las capitales de provincia aceptaron este orden. Tunja, Socorro, Pamplona y Antioquía eligieron diputados con el fin de conformar el Congreso del reino sin adherir, sin embargo, a la autoridad de la Junta de Santafé.

Entre tanto en Santafé, se recibió el día 1 de agosto una comunicación de la Junta Suprema de Sevilla nombrando nuevo virrey a Francisco Venegas. De este modo el anterior virrey Amar y Borbón quedó en libertad y el día 15 de este mes de agosto embarca hacia Cartagena, de donde sale para España el día 12 de octubre definitivamente.

Los acontecimientos en Mompox van a ser decisivos. El 5 de agosto, el “pueblo” de Mompox, perteneciente a la provincia de Cartagena, a través de su cabildo asumió sus derechos y declaró la independencia absoluta de España. Al día siguiente reconoció la autoridad de la Junta Provisional de Santafé. A partir de este momento Cartagena inició una batalla para evitar la separación de Mompox y negarle a Santafé el derecho a ser la sede del Congreso del reino. Como primera medida, el 14 de agosto la Junta provincial anteriormente constituida organizó una “Junta Suprema Provincial”, que se componía por el cabildo de la ciudad de Cartagena y los diputados de sus cabildos subordinados, Mompox, Tolú, San Benito Abad y Simití. Cuatro días más tarde, la nueva Junta le negó a la Junta de Santafé el derecho de ejercer las atribuciones de las autoridades reales.

El 2 de septiembre, la Junta de Cartagena le propuso a las demás provincias la reunión del Congreso del reino en la ciudad de Medellín. Procuraba evitar que Santafé, al ser la sede del Congreso, pudiera darle órdenes a las provincias, tal como ella lo hacía durante el antiguo sistema.

La Junta de Cartagena alegará que la deposición de las autoridades reales en Santafé significaba la ruptura de las antiguas dependencias entre las provincias y la capital. El sistema administrativo del virreinato había creado un orden jerárquico entre las ciudades. Como en Santafé residía el personaje más alto, el virrey, ella era la capital. Así, el atributo de capital sólo provenía de la cualidad de ser residencia o sede de las autoridades superiores, por lo tanto, a partir del momento en que se depuso al virrey, Santafé perdía su atributo. Así lo explicaba la Junta en su exposición del 4 de diciembre: “El nombre de capital de la ciudad de Santafé no ha consistido en otra atribución que en la de haber existido en ella, por voluntad de nuestros Soberanos, las autoridades superiores (...). Sin el atributo de silla, Santafé era una ciudad como las otras y sus habitantes simples vasallos del rey: “En tal atributo no tenían participación alguna, ni el suelo material de Santafé, ni sus naturales y habitantes, que se consideraban, respecto de las mismas autoridades, con todas las relaciones de los otros súbditos de ellas en las demás Provincias”. La unidad del virreinato estaría dada, en gran medida, por la armadura administrativa colonial y por la condición de vasallos de sus habitantes. Cuando desaparecieron las autoridades tradicionales quedaron los lazos de vasallaje que introdujeron un pie de igualdad entre los diferentes súbditos del rey. Como lo dijo la Junta de Antioquía al apoyar la iniciativa de Cartagena e invitar a las provincias a reunirse en la ciudad de Medellín: “Unámonos, pero

unámonos con el rango, y dignidad de vasallos de Fernando VII”. Siguiendo este principio, cada provincia podía autogobernarse sin ninguna sujeción a la antigua capital.

Dos lógicas se enfrentan: por una parte la condición de igualdad entre los pueblos, y por otra, la percepción del reino que se tenía en Santafé como un cuerpo político único que debe hablar “con una sola voz”, la de su capital.

En el año de 1810 la soberanía provisional se concebía en dos niveles territoriales. Por un lado, la soberanía de los pueblos (provincias y poblaciones menores que se habían pronunciado en ese sentido) y por otro, una soberanía que comprendería a todos los pueblos del reino, “en espera de la reconstitución de una soberanía única e incontestable” para los pueblos de España y de América. El 22 de diciembre, día de la instalación del Congreso, asistieron los diputados de Socorro, Pamplona, Neyva, Nóvita, Mariquita y Santafé. Días más tarde, los diputados de Santafé y Tunja rehusaron aceptar la participación de representantes de las ciudades subordinadas. El cuatro de enero de 1811 el Congreso adoptó el principio de inmunidad de los diputados: “las mismas Juntas provinciales de que dimana la elección, podrán juzgarlos del destino, antes del tiempo señalado en su nombramiento, sin consentimiento, deliberación, y resolución del Congreso”. En consecuencia, los diputados serían representantes del reino en general y no de cada provincia.

A finales de 1810, un grupo de residentes de Santafé que se oponía al sistema federal, argumentando que el reino estaría en peligro si cada provincia pretendía constituir un Estado aparte. El 13 de octubre, el criollo Frutos Joaquín Gutiérrez, al tiempo que denunciaba a las provincias por querer conformar gobiernos “aislados”, proponía salvar la existencia política de Santafé. Esta propuesta desembocó en la promulgación de la Constitución del Estado de Cundinamarca en abril de 1811, hecho que marcó la disolución del primer Congreso del reino.

II. ESTRUCTURA DEL PROCESO EMANCIPADOR EN NUEVA GRANADA

En el documento mencionado, Gutiérrez describía de la siguiente manera la situación del reino: “Yo no llamo Patria el lugar de mi nacimiento, ni el departamento o Provincia a que pertenece” en cambio “el hijo de Cartagena, el del Socorro, el de Pamplona, y tal vez el de Popayán, no ha mirado como límites de su Patria los del Nuevo Reyno de Granada, sino que ha contrahido sus miradas a la Provincia o acaso al lugar en que vio la luz”. Como lo afirma Georges Lomné, la ciudad continuaba siendo la esfera tradicional del poder. Por otra parte, durante el periodo colonial la palabra “provincia” designaba los espacios de poder de las ciudades principales y sus oligarquías”.

Como vemos, desde 1810, siguiendo las costumbres del Antiguo Régimen, las ciudades subordinadas pelearon contra las ciudades principales para ganar una cierta independencia amenazando la integridad territorial de las provincias. La política de la Junta Suprema de Santafé, al aceptar la adhesión directa de los pueblos secundarios, desató

la competencia entre las capitales para obtener su adhesión a los gobiernos provinciales. Durante esta época las ciudades principales intentaron garantizar entonces la permanencia de sus espacios históricos de influencia.¹

En esta tarea aparecieron primero que todo los principios tradicionales de legitimidad. Las capitales recurrieron a los lazos históricos, la naturaleza y las antiguas divisiones administrativas. En ese sentido algunas utilizarán el juramento habitual durante el período colonial. Pero estos principios no aseguraban la legitimidad. Como sucedió en 1810, el principio de la representación será el principal instrumento que utilizaran las ciudades capitales para legitimar sus gobiernos y sus territorios. Siguiendo la estructura plasmada en los reglamentos de elección de la Junta Central (mayo de 1809) y de las Cortes (enero de 1810), las Juntas provinciales invitaron a los cabildos subordinados (cabildos de las ciudades subordinadas a la ciudad capital de provincia) a elegir sus diputados. De esta forma llamaron a la sociedad que conformaban los pueblos (en este caso los cabildos subordinados), es decir la provincia, a recuperar sus derechos.

La adhesión o sujeción de un pueblo al gobierno de una ciudad capital se hacía a través de la elección de diputados al cuerpo representativo de la provincia.

La representación se entendía como un voto de pertenencia a la jurisdicción de la ciudad capital donde se instalaba el gobierno. De esta forma, el Colegio Electoral y la Representación Nacional de cada provincia encarnaban el pacto que los pueblos hacían para decidir una vida común. Así, a través de la representación, cada ciudad capital, dominada por un grupo de hombres como venimos mencionando, justificó la ruptura con las autoridades reales; el rompimiento fue llevado a cabo en nombre de la provincia y reafirmó la cohesión del territorio históricamente bajo su jurisdicción.

El Acta de Federación de 1811 aceptaba como provincias a aquellas que eran “reputadas y consideradas” como tales en el momento de la revolución de Santafé (20 de julio de 1810) o, como lo proponían algunos hombres, aquellas provincias que habían sido invitadas por la Junta Central de 1809 a enviar representantes.²

También se propuso el criterio temporal de la ruptura de 1810. Es decir que las comunidades aceptadas como provincias debían haber asumido su soberanía tras la deposición de las autoridades de Santafé. Los valores tradicionales como la dignidad se mezclaban con la ruptura política frente a la Monarquía. En ese sentido, el gobierno de Cundinamarca proponía en marzo de 1811 dividir el reino en cuatro “Departamentos o Provincias verdaderamente dignas de este nombre, y capaces de elevarse a la clase y rango de estados independientes”. Sin embargo, ante la debilidad de tales criterios se impuso el perfeccionamiento de los sistemas representativos provinciales y la representación en el Congreso como los instrumentos necesarios para afirmar su existencia.

¹ García Valencia, J.C., *Historia de Colombia*, Medellín, 1962.

² López Michelsen, A., *Introducción al estudio de la Constitución colombiana*. Pasto, 1977.

Desde 1810 la mayor parte de las Juntas provinciales defendieron la conformación de una confederación. El Congreso de 1810 fue un primer intento por conciliar la existencia de un gobierno para el conjunto del reino y respetar la autonomía de las provincias. Después de la promulgación de la constitución de Cundinamarca en abril de 1811, el 27 de noviembre cinco provincias firmaron en Santafé un Acta de Federación. Más tarde, a raíz de las diferencias con el gobierno de Cundinamarca, el Congreso de las Provincias Unidas salió de Santafé para deliberar en la Villa de Leyva, actividad que se inició el 4 de octubre de 1812. En diciembre de 1814 las tropas confederadas tomaron Santafé y agregaron el Estado de Cundinamarca al Congreso.

Al mismo tiempo que las elites criollas creyeron desde un principio que debía existir un Congreso que jugara el papel de cabeza del reino -inclusive de la América y de la Monarquía a nivel global- frente al enemigo exterior de la Monarquía que eran los franceses, también a la vez, las provincias defendieron una soberanía “particular” frente a una soberanía “general” -la del conjunto del reino-. Soberanía “particular” que para Cundinamarca fue bastante amplia, como lo atestiguan los debates del Colegio Electoral de 1811:

“Tratóse en fin el punto de la dimisión de la Soberanía de esta Provincia a favor del Congreso general del Reyno, (...) la pluralidad acordó que entendiéndose para solo aquello que diga relación á la totalidad de las Provincias, y reservándose la de Cundinamarca todo lo á ella perteneciente, y la facultad de celebrar convenios, negociaciones, ó tratados con las otras Provincias, y con los Estados de fuera del Reyno, y aun con los Extranjeros[...].”³

Con la representación en el Congreso, la provincia de Cundinamarca transfería una parte de su soberanía, mientras conservaba para sí otra parte. Entre los atributos de la soberanía que se reservaba, estaba el de establecer relaciones políticas con estados americanos (fuera del reino) y extranjeros. En definitiva no transfería al Congreso la posibilidad de representarla frente al exterior.

Posteriormente y tras la declaración de guerra por parte de la metrópoli a los territorios americanos rebeldes, las provincias de la Nueva Granada hicieron valer contra la autoridad real la soberanía que habían asumido -para defenderse del enemigo de la monarquía que habían sido los invasores napoleónicos-. Ahora no sólo era necesario organizar la defensa del reino, sino también obtener la independencia. En ese sentido la constitución de un gobierno general era indispensable, y para esto era necesario abandonar las soberanías “particulares”. Como diría Nariño en el periódico “La Bagatela: “se va a sacrificar el reino y nuestra libertad a la obstinación de querer mantener una multitud de soberanías parciales, sin tener fuerzas, luces ni recursos suficientes para sostenerse””.

Desde un principio se evidencia el cuestionamiento de los límites y divisiones territoriales que abarcaría el Congreso del reino. Se trata de un problema que necesitaría mayor investigación, para entender la dinámica que encierran las diferentes propuestas que

³ Olano García, H.A., Constitución monárquica de Cundinamarca. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, 2006.

se hicieron en la época y que no siempre resultan claras. Vemos, por ejemplo, cómo Cartagena proponía invitar a Guayaquil, Chocó y Maracaibo. De otra parte en Santafé algunos hombres pensaban que las únicas provincias legítimas eran las Audiencias de Santafé y Quito. Entonces las provincias tendrán que recurrir a otros instrumentos de legitimación, tales como el reconocimiento entre ellas mismas, implícito en los discursos y documentos oficiales, los pactos de federación, los tratados provinciales y los juramentos.

Los pactos, tratados y juramentos, fueron utilizados no sólo para perpetuar la existencia y la integridad del territorio de las provincias, sino también del reino entero. Los tratados eran considerados como herramientas por medio de los cuales se constituían los cuerpos políticos. Este es el caso, por ejemplo, del tratado que firmaron Cundinamarca y Caracas en mayo de 1811. Las dos provincias se comprometían a actuar como un “mismo cuerpo político”. Por otra parte, los pactos se convirtieron en los sellos de la asociación de las provincias, al revivir los antiguos vínculos por medio de los cuales los pueblos se ligaban con el rey. Así, en el acta de Federación de 1811, las provincias “se prometen recíprocamente la mas firme amistad y alianza, se juran una fe inviolable y se ligan por un pacto eterno, cuanto permite la miserable condición humana”.

José Manuel Restrepo indica cómo varias provincias habían declarado su independencia pero “...no formaban cuerpo de nación, pues carecían de gobierno general”.⁴ Lo que existía era un conjunto de estados soberanos que se declaraban independientes y que por el momento eran incapaces de conformar un gobierno para el conjunto del reino. De acuerdo con los debates trascritos en las Actas del Colegio Constituyente de Cundinamarca de 1811, se considera a la monarquía española como la nación común. Sin embargo, la idea de formar una nación diferente a ésta existía ya en 1810, aunque al parecer sus defensores fueran pocos. Estos últimos pensaban que era necesario sobrepasar la multiplicación de soberanías que amenazaba con el desmembramiento del reino y reunir a los pueblos en una sola nación. Por ejemplo, Jorge Tadeo Lozano, al proponer la creación de cuatro departamentos, se dirigía a los pueblos de la siguiente manera: “(...) sed un solo pueblo en vuestros sentimientos, en vuestra unión fraternal; (...) existir es primero, existir cómodamente después”.

Como vimos, el Congreso no gozaba de la exclusividad de la soberanía frente al exterior, por lo tanto no podía representar a la Nueva Granada como una nación, pues ella aparecía incontestablemente dividida a causa de la separación de su centro, su capital. Por esto el Congreso acusó al Estado de Cundinamarca de “...considerarse una nación extraña”.⁵ En junio de 1814 el Congreso y Cundinamarca iniciaron negociaciones para redactar un tratado de unión. Como la guerra era inminente y tocaba buscar el reconocimiento exterior, las dos partes contratantes intentaron integrar una sola nación.

Era una nación que miraba al exterior, es decir, de alguna manera impuesta a ambas partes por las necesidades externas. Como se puede leer en el plan de Unión: “una inti-

⁴ Samper, J.M., *Derecho Público Interno de Colombia. Historia crítica del D. constitucional colombiano desde 1810*. Bogotá, 1886.

⁵ Olano García, H.A., o. c.

ma alianza para representar una sola Potencia, o Nación en todas las negociaciones exteriores-”.

En definitiva, con la asunción de la soberanía por parte de los pueblos del Nuevo Reino de Granada se abrió paso a una nueva forma de entender la legitimidad política. A raíz de la ausencia del rey la potestad de las autoridades españolas se cuestionó y, en consecuencia, el orden jerárquico que de ellas se derivaba. Se replantearon las relaciones entre las diferentes comunidades territoriales, los pueblos -provincias y poblaciones menores que se habían pronunciado en ese sentido-. Las capitales de provincia y la capital del virreinato en un principio se negaron a aceptar un cambio en el orden preexistente, pues, de acuerdo con sus apreciaciones, la integridad política de las provincias y del reino estaría en peligro. Pero al mismo tiempo, la disputa entre las diferentes comunidades territoriales por poseer el atributo de la soberanía desató una competencia entre las ciudades capitales por obtener la adhesión de esos pueblos a sus jurisdicciones. Para legitimar tal acción las capitales acudirán a la representación de la “libre voluntad” de los pueblos, introduciendo entonces una legitimidad de corte moderno.

En adelante, a la legitimidad que otorgan el tiempo y la tradición tanto política como religiosa, se incorporarán las ideas de representación, voluntariedad e igualdad entre los pueblos. De esta manera, prácticas como los juramentos y los pactos se mezclaron con el mecanismo de la representación para legitimar la existencia política de cada comunidad, de cada pueblo. La representación tenía un carácter corporativo, pues eran los pueblos secundarios los componentes de los cuerpos políticos provinciales y, a su vez, las provincias los del reino, todo ello independientemente de la naturaleza y características de la relación entre las adhesiones de los pueblos a las provincias y los vínculos sociales tradicionales, es decir las clientelas, las parentelas y las relaciones de amistad.

Por otra parte, las elites neogranadinas creyeron desde un principio que debía existir un Congreso que jugara el papel de cabeza del reino.

Era necesario afirmar su existencia dentro de una comunidad política de pertenencia más extensa, la monarquía, en un primer momento, y más tarde América. Sin embargo, el conjunto de estados-provincias soberanos que se declararon independientes no lograron instituir una autoridad incuestionable para el conjunto del reino; en consecuencia, la guerra apareció como el único medio capaz de resolver este vacío.

Los dirigentes de las Provincias Unidas concebían la nación “exterior”, es decir, frente al extranjero, como una sola, pero a nivel interior la nación tenía una estructura política plural. Finalmente el rápido éxito del cuerpo expedicionario del general Morillo se benefició de la fragilidad política que vivía la Nueva Granada, razón por la cual los historiadores decimonónicos denominaron el período como la Patria Boba. Por último cabe resaltar que durante este periodo el Nuevo Reino de Granada se revela como un conjunto de ciudades capitales que intentan mantener los espacios territoriales heredados del periodo colonial.

III. PROCESO CONSTITUYENTE DE CUNDINAMARCA

Sobre los momentos anteriores a la constitución del reino de Cundinamarca, cabe tratar sobre el motín considerado históricamente como desencadenante del movimiento emancipador colombiano -cundinamarqués-, popularmente conocido como hechos de “El Florero de Llorente. Se trata de uno de los mas célebres sucesos de la Historia de Colombia. Este motín, también es conocido como el “Grito o reyerta del 20 de julio” ocurrido en ese día de 1810. El nombre de este incidente se debe en realidad a la denegación del préstamo de un florero, solicitado por parte del comerciante español José Gonzalez Llorente a Luís de Rubio y aprovechado por los hermanos Francisco y Antonio Morales.

Así en en la mañana del 20 de julio, Joaquín Camacho se dirigió a la residencia del virrey Antonio José Amar y Borbón, para solicitar respuesta acerca de una solicitud de la instauración de una junta de gobierno en Santa Fe, mas, la primera negativa del propio virrey no ayudó e evitar que se desencadenara la reyerta con la excusa del préstamo de un florero.

Luis de Rubio, dirigió visita al negocio de José González Llorente para pedir prestado el mencionado objeto, con el fin de ser usado para la cena de gala con motivo de la visita del comisario real Antonio Villavicencio, que efectivamente entraría en Santafé el día 1 de agosto, pero le dio negativa a este préstamo del florero con actitud altanera del propio Llorente.

Los criollos en vista de esto, y tal como lo tenían planificado desde el día anterior, tomaron el florero y lo rompieron para provocar a Llorente y de esta manera caldear los ánimos del pueblo en contra de los españoles. Los criollos sabían que Llorente, al ser un comerciante, daría la negativa de prestar el florero, primero porque un comerciante no presta sino que únicamente vende sus artículos, y segundo porque él además no prestaría ningún objeto a los criollos para atender a otro criollo como era el comisario regio A. Villavicencio, de esta manera el Florero fue la excusa para desencadenar el motín.

Posteriormente, un grupo de criollos, entre los que se encontraba Francisco José de Caldas, realizaron una reverencia de sumisión al español, pero al instante, Antonio de Morales le increpó a Caldas por la forma que trataba Llorente a los criollos con improprios, lo que provocó la respuesta turbulenta del pueblo, atacando a Llorente. El alcalde de Santa Fe, José Miguel Pey, intentó calmar al pueblo sacando a Llorente, mientras José María Carbonell alentaba a los habitantes para que se unieran a la protesta. La labor de agitador de Carbonell no concluiría hasta que Pey de Andrade al frente de la caballería no lo detuvo junto con sus colaboradores el día 16 de agosto.

Al final de la tarde las cosas se tranquilizaron, y se procedió a designar a los miembros de la Junta, a instancias de José Acevedo y Gómez, quien redactó el acta de constitución de la junta, por lo que la historia colombiana lo llamaría después como “El tribuno del Pueblo”, pero la designación del virrey Amar como presidente de la Junta, , ya hemos visto que cinco días después se revocaría, provocó la animadversión de una parte del pueblo. Por último, se intentó aplastar la manifestación popular a través del comandante es-

pañol Juan de Sámano, por lo que el propio Acevedo y Gómez advirtió al pueblo que declararía reo de lesa majestad, a cualquiera que se opusiera a la Junta recién constituida.

Posteriormente se realizó la convocatoria de un cabildo abierto, propiciada por José María Carbonell, para luego arrestar a los oidores y al virrey, lo que se haría efectivo el día 21 y 25 de julio respectivamente, para al día siguiente procederse a declarar libre a la Junta del Consejo de Regencia, pero reconociendo a Fernando VII como su rey. A partir de este momento, se comienza a usar los colores rojo y amarillo como distintivos, que luego alcanzarían mayor relevancia constitucional.

Por tanto, reunidos en Santa Fe los principales dirigentes criollos en la junta del 20 de Julio de 1810, creada ante los hechos del Florero de Llorente, se comenzó a tratar sobre cómo establecer un gobierno de carácter permanente en la provincia de Cundinamarca. Gobierno central interior que con el nombre de Junta suprema convocó un congreso con diputados de todas los departamentos, aunque algunos no enviaron representantes, que se denominó primer congreso general de reino, y que se constituyó el día 22 de diciembre aunque no abrió sus sesiones hasta el 15 de enero de 1811, con objeto de preparar la redacción de un texto constitucional, cuyo proyecto comenzó a debatirse a partir del día 25 de enero, que pretendía en un principio hacer de Nueva Granada un estado independiente federado al reino de España en el marco de una monarquía constitucional.⁶ Para ello, en primer lugar la Junta Suprema nombró a José Miguel Pey de Andrade como presidente de la misma, lo cual lo convierte en el primer jefe, o jefe provisional de gobierno del nuevo estado. Pey de Andrade, como alcalde de Santafé, había sido nombrado vicepresidente de la junta con Amar y Borbón de presidente, pero al ser depuesto éste último, pasó a ser el que la presidiera.

El 27 de febrero de 1811 y ante las fricciones entre la Junta suprema y el Congreso, éste último abolió la Junta y seguidamente en marzo conformó la primera Asamblea Nacional Constituyente y Congreso a la vez, en Santafé de Bogotá, bajo el nombre “Colegio Electoral Constituyente del Estado de Cundinamarca” que con gran esfuerzo, entre el 6 y el 30 de marzo, una vez redactado el proyecto constitucional, lo sometió a debate entre las discordias entre centralistas y federalistas, para finalmente promulgar el 4 de Abril de 1811 la primera constitución que podría tener alcance nacional: la “Constitución del Estado de Cundinamarca”, que anteriormente ya hemos indicado que estaba muy influenciada por los postulados de la de Estados Unidos de Norteamérica, y por tanto con un marcado carácter liberal y representativo. Esta asamblea-congreso nombra el día 1 de abril al segundo jefe de gobierno del estado, Jorge Tadeo Lozano de Peralta y González Manrique, vizconde de Pastrana, militar, médico e intelectual, que había sido anteriormente regidor y alcalde de la Real Audiencia, para que ocupe este cargo de presidente de las Provincias Unidas de la Nueva Granada o Cundinamarca, para un período de tres años; sin embargo, por presiones y desacuerdos acaba dimitiendo, o la asamblea-congreso lo hace dimitir, el 19 de Septiembre de 1811 como consecuencia de una revuelta popular

⁶ Mayorga García, F., El notariado en el Estado soberano de Cundinamarca. Rev. Ftad. Derecho Univ. La Sabana. Chia, 1996.

instigada por una edición extraordinaria del periódico *La Bagatela*, publicación fundada por Antonio Nariño, que había titulado como de “noticias muy gordas”. En su lugar se nombra a Antonio-Amador Nariño y Álvarez, hasta entonces secretario del congreso y personaje muy popular en su ciudad de Santafé, por sus postulados de marcada influencia de la Francia revolucionaria, a la que había viajado al mismo tiempo que a Gran Bretaña años antes, tratando de obtener apoyos para conseguir la independencia de Nueva Granada. Nariño, importante intelectual, había sido encarcelado en diversas ocasiones por las autoridades españolas y desarrollaba una notable influencia y actividad política en tales circunstancias. En todo momento y desde su presidencia defendió firmemente sus ideas de centralismo para el nuevo estado, lo que le granjeó la enemistad de los federalistas capitaneados por Camilo Torres. Consiguió que el 19 de julio de 1813 el Colegio electoral de Cundinamarca declarase la independencia total de la Corona Española, marchando al frente de las tropas cundinamarquesas que luchaban contra el ejército español que pretendía reconquistar Nueva Granada, tras sucesivas victorias y derrotas, llegó preso a España, a cuyo puerto de Cádiz arribó el 6 de marzo de 1816. Finalmente volvió a Colombia al conocer el triunfo de Simón Bolívar, quien lo nombró vicepresidente de la nueva República de Colombia.

Como hemos visto, pese a la fidelidad al rey, demostrada en sus nobles intenciones y demandando de este, que reinase en la Nueva Granada o por medio de un representante elegido por voto libre, las cosas comenzaron de otra forma. Así la independencia de Cartagena de Indias (11 de noviembre de 1811) puso de manifiesto la falta de una forma de gobierno claro en el territorio nuevo granadino, degenerándose en la guerra entre centralistas y federalistas. Tal conflicto no solo dejó al país dividido en ambos bandos que fortalecían sus intereses sino que dejó abierta una amenaza externa que culminaría así en la posterior reconquista española de 1816. Al respecto ya hemos indicado que en otras regiones de la Nueva Granada, como Cartagena, se promulgaron constituciones que, al igual que la de Cundinamarca, no sobrevivieron a la reconquista española.

Así pues, el 4 de abril de 1811 fue aprobada y sancionada la primera Constitución, la de Cundinamarca, documento excepcional que recogió el acuerdo de los miembros de la Junta Suprema creada tras el 20 de julio de 1810 y del congreso o colegio electoral formado después, reclamando el ejercicio de la soberanía, destituyendo o no reconociendo a las autoridades francesas y desconociendo en definitiva a cualquiera, que no fuese Fernando VII, a quien habían jurado acatamiento, al mismo tiempo que ofrecieron asilo para gobernar desde Santa Fe.

¿por qué se decide denominar al nuevo estado como Cundinamarca?. La respuesta la tenemos en que los criollos del virreinato neogranadino quisieron en ese momento de asunción de la soberanía, restablecer el antiguo nombre aymará, anterior a la conquista española. Parece ser que Cundinamarca es una deformación de las palabras Cundirumarca,

o mas propiamente Cuntinamarca, ambas procedentes de la lengua Aymará, propia de los primitivos habitantes de Perú y Bolivia y con las que se conocía este territorio hasta

que el 6 de agosto de 1538 es fundada la ciudad de Santa Fé de Bogotá y pasa a denominarse el mismo como Nuevo Reino de Granada, que Jiménez de Quesada y otros conquistadores le otorgaron. Por tanto estimaron procedente recuperar el primitivo nombre de Cundinamarca para el nuevo reino, según establecía la constitución que estamos estudiando. También se defiende que este nombre responde al nombre quechua del antiguo reino de Muisca: Kuntur Marqa, que los cronistas españoles posteriormente tradujeron como Cundinamarca.

Para López Michelsen, esta Constitución de Cundinamarca de 1811, a su parecer, introdujo el concepto calvinista de la sociedad en la geografía iberoamericana y colombiana en concreto, y explica que:

“La representación cundinamarquesa en aquel año memorable no desconocía siquiera la autoridad de Fernando VII sobre la Nueva Granada. Hizo algo más grave desconoció el título pontificio, que ratificaba la doctrina del derecho divino de los reyes, y fundó la autoridad del monarca sobre estos reinos en la voluntad de sus súbditos. “Es decir, la voluntad popular era el fundamento del gobierno, y el consentimiento de los ciudadanos era el origen del poder público y el “pueblo era dispensador de la autoridad y no ya el Papa y la Iglesia.” Un organismo denominado Senado de Censura y Protección, formado por cuatro miembros tenía por misión sostener las disposiciones de la Constitución contra los abusos de los funcionarios con el carácter de organismo judicial.”⁷

Efectivamente, junto a los derechos del hombre y del ciudadano figuraban los deberes de ciudadano, imbuidos, según López Michelsen, de inspiración calvinista, de forma que los constituyentes de 1811 establecieron “un gobierno propicio al desarrollo de las virtudes calvinistas, tal como lo habían concebido los puritanos en el siglo XVIII y como lo popularizó el hijo de un soldado de Cromwell: John Locke, quien en sus tratados de gobierno señaló como función del Estado la función de expedir leyes para precisar el derecho natural y proteger la propiedad privada “.

Agrega López Michelsen igualmente que “desde el momento en que Fernando VII, según manifiesta expresamente la Constitución de Cundinamarca en 1811, estaba sometido a los términos de ese documento, no sólo para cosas tan nimias como la de su lugar de residencia y las personas con quienes podrían contraer matrimonios sus descendientes, sino para todas las funciones del gobierno. Es innegable que nos encontrábamos ante una Constitución contractualista de tipo puritano, en donde el gobernante es una de las partes, y todos y cada uno de los ciudadanos en representación de la colectividad, la otra.”

La anterior tesis de López Michelsen fue refutada en seis artículos publicados entre 1952 y 1954 por el profesor Leopoldo Uprimny en la Revista Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana, en base a dos razones: la primera entender que la elección popular de los funcionarios eclesiásticos no condujo en la antigüedad necesariamente al establecimiento de un régimen democrático en el Estado. En tiempos de Teodosio el Grande o Justiniano (siglos IV a VI) la religión católica era Religión Oficial; los Obispos como

⁷ López Michelsen, A., *La estirpe calvinista de nuestras constituciones*. Bogotá, 1993.

el Papa eran elegidos por el pueblo y el clero y sin embargo existía, al mismo tiempo, la monarquía absoluta del Estado.⁸ Por lo mismo Calvino hizo participar en el régimen eclesiástico “presbíteros” (o ancianos) elegidos popularmente, pero él mismo era enemigo declarado de la democracia en el régimen político; y la segunda razón en considerar incuestionable que las doctrinas de los monárquicos protestantes no eran ni ortodoxas ni nuevas.

No eran ortodoxas, sino opuestas a las de Calvino resultado del más puro oportunismo político; y tampoco eran nuevas sino viejas teorías medievales expuestas por Manegold de Lautenbach, Juan de Salisbury, Santo Tomás de Aquino, Marsilio de Padua, Guillermo Occan y el Cardenal Nicolás de Cusa, como por tantos otros autores casi todos ellos bien conocidos por los escritores de los siglos XVI y XVII. Especialmente por Manegold, Marsilio y Nicolás de Cusa, aparece muy claramente el contrato social como origen del gobierno, no solamente del Estado.”

¿Qué se buscaba en la Nueva Granada según nuestro entender? La defensa del orden establecido efectuado por la aristocracia criolla contra una España invadida y afrancesada. Basta leer el Acta de Independencia del 20 de julio de 1810, que buscaba depositar en una Junta:

“...el Gobierno Supremo de este Reino interinamente, mientras la misma Junta forma la Constitución que afiance la felicidad pública, contando con las nobles Provincias, a las que en el instante se les pedirán sus Diputados, firmando este Cuerpo e reglamento para las elecciones en dichas Provincias, y tanto éste como la Constitución de Gobierno deberán formarse sobre las bases de libertad e independencia respectiva de ellas, ligadas únicamente por un sistema federativo, cuya representación deberá residir en esta capital, para que vele por la seguridad de la Nueva Granada, que protesta no abdicar los derechos imprescindibles de la soberanía del pueblo a otra persona que a la de su augusto y desgraciado Monarca don Fernando VII^o, siempre que venga a reinar entre nosotros, quedando por ahora sujeto este nuevo Gobierno a la Superior Junta de Regencia, ínterin exista en la Península, } sobre la Constitución que le dé el pueblo, y en los términos dichos, y después de haberle exhortado el señor Regidor su Diputado a que guardase la inviolabilidad de las personas de los europeos en el momento de esta fatal crisis, porque de la recíproca unión de los americanos y los europeos debe resultar la felicidad pública...”

Merece señalar que el Acta de Independencia, no sólo reconocía a don Fernando VII, sino que fue fruto de un cabildo abierto, mecanismo de participación ciudadana de marcado acento hispánico, que solo se definió en Colombia por la Ley 134 de 1994, no obstante haberse incluido en 1991 como parte del artículo 103 de la norma superior.

El Cabildo Abierto en las Indias, había sido introducido por Carlos I al establecer en las Leyes de Indias que “si no se hubiere capitulado con los Adelantados de nuevos descubrimientos y poblaciones, que puedan nombrar Justicia y Regimiento, hagan elección de Regidores los vecinos”. Igualmente Felipe IV en 1623 ordena “que la elección de Pro-

⁸ Uppimny, L., Capitalismo calvinista o romanticismo semiescolástico de los próceres de la independencia colombiana. Bogotá, 1952.

curador de la Ciudad se haga solamente por los votos de los Regidores... y no por el Cabildo abierto”, lo que evidencia que esta institución del Cabildo Abierto -desaparecida en la España peninsular-, ya desde mucho tiempo antes existía y se mantuvo aún, en las Indias.

Como decía en 1891 José María Samper: “Tanta importancia histórica tiene este Código reglamentario, que fue el primer escalón de la cadena formada de nuestro Derecho Constitucional”⁹

En el año de 1811, una vez aceptado en Santa Fe el sistema federativo, resolvió la Junta Suprema erigirse como Serenísimo Colegio Constituyente de Cundinamarca, cuyos diputados cundinamarqueses y de las demás provincias del reino, fueron elegidos el 19 de febrero y se estableció el 27 de ese mes, después de oída la misa del Espíritu Santo y tras un patriótico sermón del Canónigo Duquesne.

Estos diputados debaten la redacción del proyecto de Constitución, conteniéndose en ella cánones republicanos, combinados con principios monárquicos, principios católicos y de una moderada representación aristocrática. Lo que la hace valiosa es el constituir el primer paso hacia la consolidación del Derecho Constitucional Colombiano, ser anterior a la propia constitución de Cádiz de 1812 e inspirarse en la de Estados Unidos y en mayor medida en la Constitución de Francia de 1795. Por tanto la primera constitución de la America Hispana.

Conformado por los padres de familia de las distintas parroquias, se les convoca para que en las votaciones que se llevaron a cabo el 19 de febrero de 1811, se eligiera a los Diputados a Colegio Electoral Constituyente, donde se tramitaron los proyectos de Jorge Tadeo Lozano, Miguel Tovar, Luis Eduardo de Azuola y José María del Castillo y Rada

El Congreso quiso entonces limitar el poder de Fernando VII para que gobernara con arreglo a la Constitución y sin limitar los derechos y la representación del Nuevo Reino de Granada, cuya libertad e independencia habrían de defender con base en el juramento prestado el 27 de febrero de 1811.

Se encargaron de votar la Constitución un total de 42 diputados, entre ellos cinco sacerdotes, entre ellos el Provincial de San Juan y el Prior de los Dominicos, así como el Canónigo Dr. Fernando Caicedo y Flórez, quien fuera vicepresidente del Congreso y más tarde también fuera elevado a la dignidad arzobispal. También formaron parte del grupo don Camilo Torres, Jorge Tadeo Lozano, Frutos Joaquín Gutiérrez, Francisco Morales, José María de Castillo, José Gregorio Gutiérrez y Miguel Tovar.

Algunos de los artículos de la Constitución de Cundinamarca han sido utilizados incluso en la actualidad, en normas promulgadas en 1993, 1994 y 2001 por parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de Colombia, pero posiblemente la visión monárquica del texto puede haber restringido su mas amplia utilización como fuente histórica.

⁹ Samper, J.M., Derecho público interno de Colombia. Historia crítica del Derecho constitucional Colombiano desde 1810 hasta 1886. Tomo I. Bogotá, 1886.

Después de las deliberaciones correspondientes, el 30 de marzo de 1811 aprobó definitivamente el Serenísimo Colegio Constituyente y Electoral su laboriosa Constitución de Cundinamarca, promulgada el siguiente 4 de abril, que constaba de catorce títulos, divididos en 347 artículos, y el acto fue inmediatamente sancionado por don Jorge Tadeo Lozano y Peralta, Vizconde de Pastrana y Presidente de Estado, quien lo presentó al pueblo por medio de una proclama fechada días antes en Santa Fe el 1 de abril.

Tan pronto fue conocida la noticia de la promulgación de esta Constitución, que en el periódico de Cádiz titulado “E/ Redactor General, fechado 3 de septiembre de 1811, se podía leer ya lo siguiente:

“HEMOS visto la constitución de Cundinamarca, sancionada por la Representación nacional en la capital Santa Fe de Bogota, é 30 de marzo de este año. Establece una monarquía constitucional, reconociendo por rei á Fernando 7º; la religión católica con exclusión de toda otra y los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, cuyo; funcionarios reunidos componen la representación nacional. El estado de Cundinamarca convida á una federación á las demás provincias del virreinato de Santa Fe, y las comprehendidas entre el mar del Sur, océano Atlántico, río de las Amazonas é Istmo de Panamá; conviniendo en el establecimiento de un congreso nacional á que envíe cada una sus diputados. La corona cundinamarquesa solo es compatible con alguna de las que componían el imperio español al principio del año de 1808, y aun la unión con estas debe entenderse á condicion de que también adopten un gobierno representativo, que modere el poder absoluto, que antes exercie el rei. De este será el poder ejecutivo, cuyo principal objeto es cumplir la constitución : el legislativo pertenece á los nombrados al efecto por el pueblo, y el judicial á los tribunales. Se declaran nulos cuantos actos executen los funcionarios de un poder dentro de los limites de otro. Todo ciudadano es soldado de la patria, y no gozará de tal consideración (de ciudadano) sin acreditar que se halla alistado en la leva general de su domicilio-Por un apéndice a la constitución, el Estado de Cundinamarca reconoce por amigos, y admite en sociedad á todas las naciones de mundo(sin excluir alguna) que reconozcan su independencia.”

Figuraron entre los capítulos más importantes de la Constitución Monárquica de Cundinamarca, la organización y funcionamiento de los poderes públicos; las elecciones, que se pretendían garantizar mediante formalidades excesivas, cuya enumeración se hizo; las libertades individuales, calcadas de la declaración de los derechos del hombre; instrucción pública; indultos y procedimiento penal.

De los catorce títulos comprendidos en el texto, varios eran sobre todo una exposición de motivos o conceptos doctrinarios sobre materias constitucionales.

El Título primero de la Constitución trata “de la forma de gobierno y sus bases”, y su primer párrafo es una especie de preámbulo justificativo de “la Representación libre y legítimamente constituida por elección y consentimiento del Pueblo”, y aduce los motivos que indujeron a conservar a la Provincia en su nombre primitivo y original de Cundinamarca, que recobrando la plenitud de sus derechos reasumía su Soberanía.

Lo más importante, era tratar de poner a salvo al rey, cautivo del Emperador de los Franceses, así como el reconocimiento de Fernando VII para que ejerciera como rey el Poder Ejecutivo que se le otorgaba. La Constitución habría de ser una barrera contra el despotismo, al mismo tiempo que garante de los derechos imprescriptibles del hombre y del ciudadano.

Por eso es monárquica, porque en ella se ratificó el reconocimiento a Fernando VII, come presidente nato de la Representación nacional, declarando los constituyentes que “la monarquía de esta provincia -Cundinamarca- será constitucional, moderando el poder del rey, una representación nacional permanente»

También consagraba que “al tomar el rey posesión del trono, prestará juramento de cumplir la Constitución y gobernar según las leyes... “. Aunque, hay que reconocer que sin embargo, se trataba de una monarquía limitada, pues el ejercicio del poder ejecutivo correspondía al monarca siempre que estuviera en el territorio indiano de Cundinamarca.

Concretamente sobre este tema, llaman la atención el artículo 2, que “Ratifica su reconocimiento a Fernando VII en la forma y bajo los principios hasta ahora recibidos y los que resultarán de esta Constitución”.

Sobre este texto constitucional cundinamarqués, su artículo 10 del Título Tercero, dispone que la Corona del nuevo reino era incompatible con cualquiera otra extraña, que no fuera de aquellas que en el año 1808 componían el Imperio español, (es decir rechaza cualquier rey o monarquía bonapartista o de otra dinastía ajena). En consecuencia el título de monarca de los cundinamarqueses se unía al título extenso del rey de España:

Su Majestad Católica, por la gracia de Dios y por la Constitución, Rey de España, de Castilla, de León, de Aragón, de las Dos Sicilias, de Jerusalén, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galicia, de Mallorca, de Menorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Jaén de los Algarves, de Algeciras, de Gibraltar, de las islas Canarias, de las Indias orientales y occidentales, de la tierra firme y de los mares océanos, Archiduque de Austria, Duque da Borgoña, de Brabante, de Milán, Conde de Habsburgo, de Flandes, del Tirol y de Barcelona Duque de Atenas y de Neopatria, Señor de Vizcaya y de Molina, Marqués de Oristán y de Gozianos... y, ¡Rey de Cundinamarca!¹⁰

Por tanto el reino de Cundinamarca, por obra y gracia de Lozano, Castillo y Rada y Azuola y Rocha, adquiriría el nivel que los demás reinos del Imperio español, y que de haberse acogido por don Fernando VII la propuesta, permitiría hoy en día contar con una rama de los “Borbón-Bogotá”, legítimos descendientes de san Luis y de Hugo Capeto.

Sin embargo, la posición del Reino de Cundinamarca nos hace recordar que siglos antes, a la caída del Califato de Córdoba, en gran parte de la España medieval, surgieron reinos musulmanes, que extendiendo su poder sobre regiones circundantes a sus ciudades se repartieron el territorio del disuelto califato. Estos “reinos de taifas”, guardan cierta –aunque muy relativa- similitud con la independencia de Cundinamarca, a la que

¹⁰ Olano García, H.A., o.c.

podría considerarse como uno de ellos, al menos hasta 1812 en que se promulga en Cádiz la Constitución española, que sustituye la soberanía del rey por la soberanía nacional, lo que para León Duguit era “una simple modificación de palabra”, porque “la vieja noción monárquica de soberanía se concilia admirablemente con las doctrinas de los filósofos y los principios de la Constitución americana. Basta, en efecto, sustituir rey por nación, y decir nación donde antes se decía rey”, y “además, de una monarquía se pasó a una democracia aristocrática restringida”

Por su parte, interesa hacer constar la posición de teoría constitucional de Andrés Bello, que destacaba por su indiferencia respecto a la forma de organización del Estado (monárquica o republicana), que concedía en cambio mayor importancia a las condiciones y cualidades personales de los que ejercían el Gobierno, cualquiera que éste fuera, lo que en el siglo XIX, tiempo de republicanismo, hizo que le imputaran como acendrado partidario de la monarquía, a pesar de que había expresado reiteradamente que tal forma monárquica no era posible en la América emancipada.

Así pues, como reiteradamente hemos expuesto, esta constitución de Cundinamarca, recogió el sentir de los miembros de la Junta Suprema creada luego del grito de independencia del 20 de julio de 1810 reclamando el ejercicio de la soberanía, deponiendo a las autoridades napoleónicas y desconociendo cualquiera, que no fuese al rey Fernando VII, a quien juraron fidelidad y ofrecieron asilo para gobernar desde Santa Fe, si hubiese sido posible.

IV. LA CONSTITUCIÓN DE CUNDINAMARCA, DE 1811

Aprobada por tanto el 30 de marzo de 1881 y promulgada el 4 de abril de 1811, ésta constitución es de las denominadas extensas y reúne una estructura casuística y más concreta quizás de lo conveniente para un texto constitucional. Algunos de los elementos que componen esta constitución los podemos resumir así:

Se sigue profesando respeto a la monarquía española, representada por Fernando VII, y se reconoce en consecuencia la forma monárquica del Estado.

Se establece como forma de gobierno la Representación libre y legítimamente constituida por elección y consentimiento del pueblo. Se dice además que la monarquía de este reino, será constitucional, moderando el poder del rey una representación nacional permanente. El ejecutivo corresponde al rey, auxiliado por sus ministros y con la responsabilidad de éstos y en defecto del rey lo obtiene el presidente de la representación Nacional asociado de dos consejos y bajo la responsabilidad del presidente.

Se establece la independencia de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, correspondiendo éste último a los tribunales de la provincia, o reino.

Se reconoce igualmente como religión la católica, apostólica y romana, pudiendo recibir contribuciones de la provincia. No se permiten otros cultos, ya sean públicos o privados. Para una relación más directa con la santa sede se ordena negociar un concordato a fin de evitar un cisma y sus funestas consecuencias.

Como se decía inicialmente, la provincia de Cundinamarca se erige en monarquía constitucional para que el rey lo gobierne, moderando su autoridad por la representación nacional. Para evitar los abusos de autoridad se establecen una serie de consecuencias para el rey, como prohibírsele renunciar en favor de un tercero sin acuerdo previo de los cundinamarqueses.

La denominada representación nacional se componía de un presidente y vicepresidente, senado de censura (órgano asimilable relativamente a lo que actualmente en España es el Tribunal Constitucional), dos consejeros del poder ejecutivo, los miembros del legislativo y los tribunales que ejercen el poder judicial.

Se señala que el ejercicio del poder legislativo corresponde a los miembros nombrados por el pueblo para este efecto (19 miembros). Cada año se renovaría la mitad de los miembros, para lo que se irían sacando la mitad de los más antiguos. Se establece que el legislativo es permanente, pero que solo sesionarían continuamente en los meses de mayo y junio de cada año.

El ejecutivo, podía convocar al legislativo por cuestiones de urgencia manifiesta.

Se dice que el poder judicial consiste en la autoridad de examinar las diferencias que se suscitan entre los ciudadanos, fijar sus derechos, juzgar sus demandas y querellas y aplicar las penas establecidas por las leyes a los infractores de ellas. El ejercicio de dicho poder como se anotaba inicialmente corresponde a los tribunales superiores de la provincia; los jueces de la primera instancia, los inferiores y las municipalidades.

Se fijan los procedimientos para las elecciones, señalando que el Alcalde de cada parroquia de las comprendidas en esta provincia, convocaría todos los años, desde el de 1811, para el día 3 de noviembre, a todos los parroquianos para el nombramiento de electores de la parroquia. Se establece un Colegio Electoral.

Se fija lo relativo a las fuerzas armadas, las cuales se establecen para defender el Estado de todo ataque y toda irrupción enemiga, evitar conmociones y desórdenes en lo interior y celar el cumplimiento de las leyes. Todo ciudadano es soldado nato de la patria mientras sea capaz de llevar las armas, sin posibilidades de eximirse de prestar el servicio militar en graves urgencias.

En lo relativo a la Hacienda pública y tesoro nacional, se expresa que todo ciudadano tiene la obligación de contribuir para el culto divino y la subsistencia para los Ministros del Santuario, para los gastos del Estado, la defensa y seguridad de la patria, el decoro y la permanencia de su gobierno, la administración de justicia y la Representación Nacional. Subsisten por tanto, los impuestos las contribuciones, la custodia y la administración de los caudales del erario público.

Con relación a la instrucción pública, se dice que las primeras ideas que se imprimen al hombre en su niñez y la educación que recibe en su juventud, no solo son la base de la buena o mala suerte que haya de correr en el decurso de su vida, sino las que aseguran todas las ventajas o desventajas a favor o en perjuicio de la sociedad, las que dan a esta ciudadanos robustos e ilustrados o la plagan de miembros corrompidos y perjudiciales.

Para ello se ordena establecer escuelas de primeras letras y dibujo en todos los poblados con separación de los dos sexos. La educación se orienta a enseñar a leer, escribir, dibujar, primeros elementos de la geometría, y antes que todo la Doctrina Cristiana y las obligaciones y los derechos del ciudadano, conforme a la constitución.

Se permite a cualquier ciudadano abrir escuelas de enseñanza pública, sujetándose al examen del gobierno, al cual le corresponde la inspección de todos los colegios y universidades.

Se establece además en la parte final, los derechos y deberes de los ciudadanos.

En cuanto al devenir histórico y vigencia de este texto constitucional, hemos de afirmar que a finales de 1810 y en forma paralela a los esfuerzos de Cundinamarca, surgieron otras constituciones en distintos centros urbanos como Cartagena, Tunja, Antioquia, Mariquita y Neiva.

Algunas de estas, Cartagena, Tunja, Antioquia, Casanare, Pamplona y Popayán, enviaron representantes al Congreso de las Provincias Unidas que se reunieron inicialmente en Santa Fe y luego mantuvieron su centro en Tunja y Villa de Leyva. Este grupo fue el primero en avanzar democráticamente.

En cuanto a la obra legislativa desarrollada por esta constitución y reformas de la misma, podemos señalar que el Reino de Cundinamarca suscribe diversos tratados denominados “Tratados entre el Supremo Poder Ejecutivo de Cundinamarca y los Comisionados que nombró la Diputación General de las Provincias, residente en Ibagué (18 de mayo de 1812).¹¹

Se establecía en dicho tratado que los diputados de Cundinamarca marcharían inmediatamente a unirse a los de las demás provincias para instalar el congreso, en el lugar que de común acuerdo se determinarían. Se expresaba además que cualquier lugar que escogiera el congreso para su residencia estaría durante ella independiente del Gobierno del Cundinamarca, y bajo la sola dependencia del congreso, el cual acordaría con el mismo gobierno la extensión del territorio, según fuere el punto elegido y atendidas sus circunstancias, salvo que fuese la capital, que no quedaría bajo la dependencia del congreso, aunque en tal caso se acordaría del mismo modo todo lo que fuere concerniente a su seguridad decoro y atribuciones. Firman este tratado Antonio Nariño, presidente del Estado; Manuel Benito de Castro, Consejero; José Diago, Consejero; Frutos Joaquín Gutiérrez y José María del Castillo.

Cabe mencionar igualmente el denominado “Plan de Reforma o Revisión de la Constitución de la provincia de Cundinamarca, de 13 de julio de 1815, pero para entonces Cundinamarca era ya prácticamente mas una república autónoma que un reino y además absorbida por el gobierno federalista, a raíz de su derrota anterior del 12 de diciembre de 1814, en que queda reducida a provincia.

Se consagra en el mismo, lo relativo al cuerpo legislativo, estableciendo un legislador senador por cada cincuenta mil habitantes, o sea que el cuerpo legislativo quedaría inte-

¹¹ Olano García., H.A., Constitucionalismo histórico. Bogotá, 2001.

grado por cinco miembros, ya que se suponía que para la época habían doscientos cincuenta mil habitantes.

Los requisitos exigidos, eran los de ser vecino de Cundinamarca, mayores de 28 años, de probidad, de luces y de notorio patriotismo.

En cuanto al poder ejecutivo, lo ejercería el gobernador en toda la provincia, nombrado por el colegio electoral, se le asigna como misión especial fijar una sola opinión extinguiendo partidos y velando por el castigo de cuantos promuevan divisiones como enemigos de la independencia. Deberá además cumplir las órdenes del gobierno general en los ramos de hacienda y guerra.

Para el ejecutivo se establece también la existencia del teniente gobernador, el cual será un juez mayor en primera instancia en todos los negocios contenciosos de gobierno, hacienda y policía. Suplirá además las faltas del gobernador despachando en el poder ejecutivo.

Se establece lo referente a la justicia civil y criminal, que estará en cabeza de dos alcaldes ordinarios elegidos anualmente. Queda compuesta la rama judicial del tribunal de apelaciones y del tribunal de súplicas.¹²

Meses después, el reino de Cundinamarca quedaría vinculado oficialmente a un Gobierno General de las Provincias Unidas de la Nueva Granada el 15 de noviembre de 1815 y desaparece su nombre el 6 de mayo de 1816, en que el gobierno central español reconquista el territorio y se restablece la antigua provincia de Santa Fe. A partir de entonces y definitivamente después al crearse la República de Colombia, se establece en octubre de 1821, que uno de los departamentos del naciente estado, se denomine como de Cundinamarca, nombre que con el paso del tiempo quedó afianzado, con los propios altibajos que la inestable situación propiciaba, las sucesivas modificaciones constitucionales imponían y los cambiantes criterios fijaban, pero que en la actualidad se mantiene como departamento de la República de Colombia.

En definitiva la Constitución de Cundinamarca, supone una de las bases fundamentales del constitucionalismo colombiano, que inspira incluso actualmente algunas de las instituciones estatales en los distintos órdenes. Las constantes reformas constitucionales acaecidas en la época de la independencia, son una muestra clara de la inexperiencia de aquellos hombres que empezaban a tener la idea de consolidar un Estado independiente, gobernado a través de sus propias normas, pero que al tiempo incurrieron en evidentes defectos conceptuales y de discriminación social, que con el paso del tiempo irían generando las bases de lo que serían posteriores conflictos y desigualdades internos.

Tanto por su contenido, como por el proceso en el que se enmarca su promulgación, la constitución de Cundinamarca es precursora del constitucionalismo emancipador de la América hispana, en una etapa anterior incluso a que fuese promulgada la Constitución española de 1812 en Cádiz, como hemos expuesto con anterioridad. Por tanto la fuente de inspiración de los preceptos constitucionales cundinamarqueses queda fijada, como

¹² Uribe Vargas, D., Las constituciones de Colombia, Madrid, 1977.

ya reiteradamente se ha manifestado, en los postulados del mas genuino espíritu liberal, de la mano de la constitución de los Estados Unidos de América, de los principios de la Revolución Francesa y por último del movimiento liberal que en la península se articulaba en torno a la obra de las Cortes de Cádiz.

Concluamos por tanto recapitulando que la relevancia de este primer texto constitucional de la America Hispana y por tanto precursor del constitucionalismo emancipador iberoamericano, supone la última expresión de la Ilustración hispánica y evidencia el desarrollo y evolución que los principios constitucionales europeos tuvieron en los territorios americanos de la monarquía hispana, al recoger en su contenido los valores y doctrina vigentes en aquel momento histórico en la sociedad de Europa.

Sus fundamentos políticos, doctrinales, legales y antropológicos, como hemos expresado, son de carácter esencialmente liberal, situando la idea de libertad como principio articulador de la sociedad, asumiendo a su vez anteriores postulados tardoilustrados que igualmente se aprecian en el texto, pero con un nuevo elemento esencial como es el de considerar ya al ciudadano como actor y parte, que interviene y decide socialmente en base a su propia autonomía y libertad. Por tanto afianza dicha constitución una tercera vía constitucional, al establecer un neo corporativismo que venia a suponer en aquel momento histórico la parte final del antiguo sistema con atisbos del alumbramiento de uno nuevo, ya que estos principios liberales estaban combinados con una base corporativa monarquica y católica y de una moderada representatividad.

Como tuve oportunidad de exponer en el pasado Encuentro científico de 2013 en Passau, en este texto constitucional es evidente la influencia de principios doctrinales franceses, especialmente de la Revolución francesa y en concreto de la constitución de Francia de 1795, recogiendo también una clara exposición de los derechos del hombre y del ciudadano a imitación del modelo francés, sin olvidar la inclusión de los deberes de estos, lo que a su vez demuestra también la inspiración de principios puritanos, al mismo tiempo que se percibe una nítida influencia de la constitución de los Estados Unidos y los postulados del movimiento liberal que en la península ibérica se estaban articulando en torno a la obra de las Cortes de Cádiz, pero que precisamente por ser anterior a la constitución de Cádiz de 1812, demuestra que estos primeros textos constitucionales americanos no se basan absolutamente en la constitución española promulgada en Cádiz en 1812, ni la reproducen, sino que responden a una previa y firme corriente social y politico-constitucional que ya existía en los territorios americanos y que confirman la existencia de un proceso iberoamericano basado en postulados de influencia francesa y del liberalismo de Estados Unidos, que permiten afirmar que la constitución de Cundinamarca supone un eslabón intermedio del primer liberalismo que significa un nexo evolutivo entre el anterior sistema de la Ilustración y el pleno Liberalismo europeo que asume la posterior constitución española de 1812.

Como hemos visto, se trata de una constitución contractualista, en donde el gobernante es una de las partes y los ciudadanos la otra, estableciendo el contrato social como ori-

gen del gobierno y del Estado. Es indudable por tanto el basamento en algunos de los postulados de Rousseau.

Especial interés ofrece el sistema judicial que establece Cundinamarca, en el que se distingue claramente esa influencia francesa y europea en general, buscando constitucionalizar la organización de la justicia, que con la desaparición de la autoridad real ya no proviene del rey sino que constituye un poder independiente, asumiendo por tanto el principio de división de poderes de Montesquieu, recogiendo la existencia de los tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, con absoluta independencia entre ellos.

Establece que el Poder Judicial consiste en la autoridad de examinar las diferencias que se suscitan entre los ciudadanos, fijar sus derechos, juzgar sus demandas y querellas y aplicar las penas establecidas por las leyes a infractores de ellas.

Igualmente se indica que el ejercicio de dicho Poder corresponde a los tribunales superiores del Estado, situando en la cúspide al Senado de Censura y Protección, como suprema Corte, con carácter judicial, formada por cuatro miembros que tenía como misión hacer cumplir las disposiciones constitucionales frente a los abusos de los funcionarios e impedir la vulneración de los derechos de los ciudadanos, como tribunal de garantías y basado en el Jurado constitucional francés; a continuación se establecen los tribunales de Apelaciones y un Tribunal de Súplicas; siguiendo con los jueces de Primera Instancia y finalmente los de inferior rango o pedáneos para las pequeñas municipalidades. En lo referente a la justicia civil y criminal se determina que estará encabezada por dos alcaldes ordinarios elegidos anualmente. Los tribunales se renovaban cada cinco años y los requisitos para ser miembros del Poder Judicial se basaban en contar con una edad mínima de 25 años, vecindad civil en el territorio, ser persona de reconocido prestigio y sin antecedentes penales y la cualidad de abogado de los Tribunales del Reino. Por tanto este sistema judicial que preconiza Cundinamarca se basaba en los postulados franceses de jueces independientes elegidos por el pueblo y expertos en Derecho.

Queda constitucionalizada la abolición de la tortura y el principio de habeas corpus y al igual que la constitución francesa defiende la igualdad ante la ley y derechos fundamentales como el de la propiedad, etc..

El esquema de organización y sistema judicial que determina esta constitución es por tanto muy similar al francés y al que posteriormente quedaría aprobado por la constitución española de 1812, variando en pequeños matices y en la terminología propia que emplea el texto de Cundinamarca.

Por último, hemos apreciado conveniente ofrecer a continuación el texto completo de la Constitución colombiana de Cundinamarca, como anexo y último apartado de este trabajo de investigación que concluimos.

ANEXO DOCUMENTAL

CONSTITUCIÓN DE CUNDINAMARCA

1811, Imprenta patriótica de Nicolás Calvo y Quixano, 1811. Fuente: Tomada de la edición de Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra. Constituciones de Colombia - Tomos I. Bogotá: Fondo de Promoción de la Cultura del Banco Popular, 1986.

TÍTULO I

DE LA FORMA DE GOBIERNO Y SUS BASES

Artículo 1. La Representación, libre y legítimamente constituida por elección y consentimiento del pueblo de esta provincia, que con su libertad ha recuperado, adopta y desea conservar su primitivo y original nombre de Cundinamarca, convencida y cierta de que el pueblo a quien representa ha reasumido su soberanía, recobrando la plenitud de sus derechos, lo mismo que todos los que son parte de la Monarquía española, desde el momento en que fue cautivado por el Emperador de los franceses el señor don Fernando VII, Rey legítimo de España y de las Indias, llamado al trono por los votos de la nación, y de que habiendo entrado en el ejercicio de ella desde el 20 de Julio de 1810, en que fueron depuestas las autoridades que constantemente le habían impedido este precioso goce, necesita de darse una Constitución, que siendo una barrera contra el despotismo, sea al mismo tiempo el mejor garante de los derechos imprescriptibles del hombre y del ciudadano, estableciendo el Trono de la Justicia, asegurando la tranquilidad doméstica, proveyendo a la defensa contra los embates exteriores, promoviendo el bien general y asegurando para siempre la unidad, integridad, libertad e independencia de la provincia, ordena y manda observar la presente a todos los funcionarios que sean elegidos, bajo cuya precisa condición serán respetados, obedecidos y sostenidos por todos los ciudadanos estantes y habitantes en la provincia, y de lo contrario, tratados como infractores del pacto más sagrado, como verdaderos tiranos, como indignos de nuestra sociedad y como reos de lesa patria.

Artículo 2. Ratifica su reconocimiento a Fernando VII en la forma y bajo los principios hasta ahora recibidos y los que resultarán de esta Constitución.

Artículo 3. Reconoce y profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana como la única verdadera.

Artículo 4. La Monarquía de esta provincia será constitucional, moderando c'i poder del Rey una Representación Nacional permanente.

Artículo 5. Los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial se ejercitarán con independencia unos de otros; aunque con el derecho de objetar el Poder Ejecutivo lo que estime conveniente a las libertades del Legislador en su caso y lugar.

Artículo 6. El ejercicio del Poder Ejecutivo corresponde al Rey, auxiliado de sus ministros y con la responsabilidad de &-tos; y en defecto del Rey, lo obtiene el Presidente de la

Representación Nacional, asociado de dos Consejeros y bajo la responsabilidad del mismo Presidente.

Artículo 7. El Cuerpo Legislativo, para la interior economía y organización de sus sesiones, nombrará un Presidente particular del Cuerpo mismo, con el título de Prefecto de la Legislatura, un Designado para sus ausencias, y un Secretario, dando noticia de estos nombramientos al Gobierno, para que éste lo haga a los demás cuerpos que deban tenerla.

Artículo 8. El Poder Judicial corresponde a los Tribunales de la provincia.

Artículo 9. Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquiera ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución.

Artículo 10. A este mismo Tribunal corresponde el juicio de residencia a que quedarán sujetos todos los funcionarios de los tres Poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, al tiempo de salir de sus empleos, a excepción del Rey, cuya persona es inviolable y por lo mismo no sujeta a residencia ni responsabilidad, que en su lugar y caso sufrirán los ministros.

Artículo 11. A excepción del Rey, ningún otro funcionario de la Representación Nacional podrá ser vitalicio, sino electivo por tiempo limitado.

Artículo 12. La reunión de dos o tres funciones de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en una misma persona, o corporación, es tiránica y contraria por lo mismo a la felicidad de los pueblos.

Artículo 13. Por ningún caso pueden ejecutarse por un mismo individuo o una misma corporación dos o más representaciones distintas en los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Artículo 14. La reunión de los funcionarios de los tres Poderes constituye la Representación Nacional.

Artículo 15. La provincia cundinamarquesa no entrará en tratados de paz, amistad y comercio en que directa o indirectamente quede vulnerada su libertad política, civil, religiosa, mercantil o económica.

Artículo 16. El Gobierno garantiza a todos sus ciudadanos los sagrados derechos de la Religión, propiedad y libertad individual, y la de la imprenta, siendo los autores los únicos responsables de sus producciones y no los impresores, siempre que se cubran con el manuscrito del autor bajo la firma de éste, y pongan en la obra el nombre del impresor, el lugar y el año de la impresión; exceptuándose de estas reglas generales los escritos obscenos y los que ofendan al dogma, los cuales, con todo eso y aunque parezcan tener estas notas, no se podrán recoger, ni condenar, sin que sea oído el autor. La libertad de la imp-

renta no se extiende a la edición de los libros sagrados, cuya impresión no podrá hacerse sino conforme a lo que dispone el Tridentino.

Artículo 17. Del mismo modo garantiza la seguridad individual de los ciudadanos en lo perteneciente a sus correspondencias epistolares por el correo, que se mirarán como inviolables, y no podrán ser interceptadas por ninguna autoridad, ni probarán nada en juicio, si no es que se adquieran de tercera mano, y nunca por el reprobado medio de la interceptación.

Artículo 18. Igualmente garantiza a todo ciudadano la libertad perfecta en su agricultura, industria y comercio, sin más restricción que la de los privilegios temporales en los nuevos inventos a favor de los inventores, o de los que lo sean respecto de esta provincia, introduciendo en ella establecimientos de importancia, y de las obras de ingenio a favor de sus autores.

Artículo 19. La provincia cundinamarquesa, con el fin de efectuar la importante y deseada unión de todas las provincias que antes componían el Virreinato de Santafé, y de las demás de la Tierra Firme que quieran agregarse a esta asociación y están comprendidas entre el mar del Sur y el Océano Atlántico, el río Amazonas y el Istmo de Panamá, ha convenido y conviene en el establecimiento de un Congreso Nacional compuesto de todos los representantes que envíen las expresadas provincias, adoptando para su justa proporción la base, o de territorio o de población, o cualquiera otra que el mismo Congreso estime oportuna; pero que por ningún caso se extienda a oprimir a una o muchas provincias en favor de otra u otras.

Artículo 20. En favor de este Congreso dimite la provincia cundinamarquesa aquellos derechos y prerrogativas de la soberanía que tengan, según el plan general que se adopte, íntima relación con la totalidad de las provincias de este Reino en fuerza de los convenios, negociaciones o tratados que hiciere con ellas, reservándose, como desde luego se reserva, la soberanía en toda su plenitud para las cosas y casos propios de la provincia en particular, y el derecho de negociar o tratar con las otras provincias o con otros Estados.

Artículo 21. La dimisión hecha en favor del Congreso debe entenderse sin perjuicio de los artículos contenidos en este título, que deberían ser respetados por dicho Congreso como bases fundamentales de nuestra asociación civil.

TÍTULO II

DE LA RELIGIÓN

Artículo 1. La Religión Católica, Apostólica, Romana es la Religión de este Estado.

Artículo 2. No se permitirá otro culto público ni privado, y ella será la única que podrá subsistir a expensas de las contribuciones de la provincia y caudales destinados a este efecto, conforme a las leyes que en materia gobiernan.

Artículo 3. A fin de evitar el cisma y sus funestas consecuencias, se encargará a quien corresponda, que a la mayor brevedad posible y con preferencia a cualquiera negociación diplomática, se trate de entablar correspondencia directa con la Silla Apostólica,

con el objeto de negociar un Concordato y la continuación del patronato que el Gobierno tiene sobre las iglesias de estos dominios.

Artículo 4. La base de este Concordato deberá ser la facilidad y pronto despacho de los negocios y vacantes eclesiásticos, o por medio de un legado á látere, con continua residencia en esta capital, o mejor, por el de un Sínodo permanente; autorizado uno u otro con todo el lleno de las facultades pontificias.

Artículo 5. La autoridad civil no se entrometerá a juzgar en materia de culto, ni otras puramente eclesiásticas; no prestará mano fuerte para estos efectos, ni tampoco exigirá que el eclesiástico emplee la excomunión ni demás armas eclesiásticas en materias civiles; pero no por esto abdica el derecho de protección que tiene sobre los eclesiásticos y demás ciudadanos, el que ejercerá en los recursos de fuerza en sus casos.

Artículo 6. Tampoco permitirá que la autoridad eclesiástica conozca en otras materias, sino en las de culto y puramente eclesiásticas; ni que para sostener sus providencias use más armas ni coacción que la de la Iglesia, sin entrometerse ni impedir las funciones civiles.

TÍTULO III

DE LA CORONA

Artículo 1. La Provincia de Cundinamarca se erige en Monarquía constitucional para que el Rey la gobierne según las leyes, moderando su autoridad por La Representación Nacional que en esta Constitución se expresa y determina.

Artículo 2. El Rey en su ingreso al Trono jurará sostener y cumplir esta Constitución como base fundamental del Gobierno; y cualquiera infracción que haga sin la previa revisión y consentimiento de la Representación Nacional deberá mirarse como una renuncia de la Corona.

Artículo 3. No será lícito al Rey renunciar en favor de ningún tercero, sea el que fuere; y en el caso de dimitir la Corona, lo hará en manos de la Representación Nacional, para que ésta haga lo que conviniere al bien de la Provincia en uso de la soberanía que la corresponde.

Artículo 4. Los títulos con que el Rey se condecó en los decretos, despachos y papeles públicos que se expidan a su nombre, serán: Don N., por la gracia de Dios y por la voluntad y consentimiento del pueblo, legítima y constitucionalmente representado, Rey de los cundinamarqueses.

Artículo 5. Al tomar el Rey posesión del Trono, prestará juramento de cumplir La Constitución y gobernar según las leyes, con arreglo al artículo 2º; y este juramento lo hará en manos del Presidente de la Representación Nacional de esta Provincia, puesto de pie y descubierto el Rey, sentado y cubierto el Presidente, en esta forma: Yo N., legítimamente llamado al Trono de la Soberana Provincia cundinamarquesa, juro a Dios Nuestro Señor, sobre los Santos Evangelios que toco, y bajo mi palabra de honor, mantenerla Constitución de esta Provincia, sostenerla Religión Católica, Apostólica, Romana, defen-

der el territorio de todo ataque e irrupción enemiga, y gobernar a todos los habitantes según las leyes legítimamente establecidas; y me someto a ser despojado de esta Corona y sus Estados, siempre que en cosa sustancial falte a este juramento. Y el Presidente responderá: si así lo hicieris, Dios os ayude, y si no, os lo demande.

Artículo 6. Hecho el juramento del Rey, se levantará el Presidente, le dará el asiento que ocupaba, e hincado de rodillas, poniendo la mano sobre los Santos Evangelios, dirá: juro a Dios Nuestro Señor, a nombre del pueblo que represento, guardar fidelidad y obediencia al Rey con arreglo a la Constitución y a las leyes. Y el Rey aceptará este juramento en los mismos términos que el Presidente aceptó el suyo.

Artículo 7. Para solemnizar este acto, deberá hacerse a presencia de toda la Representación Nacional de todas las personas constituidas en dignidad, residentes en la Provincia, y de los ministros y enviados extraños que tengan la misma residencia; y la acta en que conste todo lo ocurrido será firmada por las dos altas partes contratantes, por todos los asistentes, y refrendada por todos los secretarios de Estado.

Artículo 8. Este juramento deberá hacerlo el Rey personalmente; y en el caso de ausencia, enfermedad, demencia o cautiverio, lo hará el Presidente de la Representación Nacional en esta forma: Yo N., representante constitucional de la Provincia de Cundinamarca, a nombre del Rey, como Vicegerente suyo y por mí, juro, etc.

Artículo 9. El Rey no podrá contraer matrimonio sin el consentimiento y aprobación de la Representación Nacional de esta Provincia; y si lo hiciere, deberá mirarse como una renuncia de la Corona, y de haberlo ya hecho se reserva el pueblo el derecho y facultad de resolver si le es o no perjudicial la alianza que hubiere contraído.

Artículo 10. La Corona de Cundinamarca es incompatible con cualquiera otra extraña que no sea de aquellas que al principio del año de 1808 componían el Imperio español; y aun la unión con éstas deberá entenderse bajo la expresa condición de que adopten un Gobierno representativo que modere el poder absoluto que antes ejercía el Rey.

Artículo 11. En el caso de que se nos unan otras Coronas de las que componían el Imperio español, la reunión de diputados de todas las que formen un cuerpo, guardando en el número de estos diputados una justa igualdad proporcional, serán las Cortes del Imperio español, y en este caso, la provincia cundinamarquesa se dimite de su soberanía en la parte y modo que queda expresado para el Congreso en favor de estas Cortes por el artículo 20 del Título 1.

Artículo 12. En el mismo caso corresponde al Rey por sí, o por medio del representante constitucional, el ejercicio del alto Poder Ejecutivo de dichas Cortes; pero no el particular de esta Provincia, que sólo ejercitará personalmente si reside en ella, y de no, el Presidente.

TITULO IV

DE LA REPRESENTACIÓN NACIONAL

Artículo 1. La Representación Nacional se compone del Presidente y Vicepresidente, Senado de Censura, dos consejeros del Poder Ejecutivo; los miembros del Legislativo y dos tribunales que ejercen el Poder Judicial. Cuando al Rey está presente y en ejercicio de sus funciones, el Presidente y los consejeros del Poder Ejecutivo, y el Vicepresidente, que es Presidente del Senado de Censura concurren como miembros de la Representación Nacional.

Artículo 2. El Rey es Presidente nato de la Representación Nacional, y en su defecto, el presidente nombrado por el pueblo.

Artículo 3. La Representación Nacional unida debe abstenerse de todo acto de jurisdicción, y sólo se juntará en un Cuerpo para presenciar y solemnizar los actos de la primera importancia, como son: la jura o recibimiento del Rey, o del Presidente; el recibimiento de una embajada, y otros en que se interese el decoro y seguridad nacional.

Artículo 4. El acto de revisar la Constitución toca al colegio Electoral, cuando venga autorizado a este efecto bajo las reglas siguientes:

Artículo 5 (1). La revisión no tiene lugar hasta pasados cuatro años, que se contarán desde el día en que, sancionada esta Constitución, se haga su publicación.

Artículo 6 (2). Tampoco tiene lugar la revisión en cuanto a las bases primarias, ni respecto de los ramos secundarios se podrá hacer de una vez en su totalidad, pues aunque parezca necesario refundirla toda, se ejecutará esto por partes y en diversos tiempos, mediando entre revisión y revisión a lo menos seis meses.

Artículo 7 (3). Si pasado el término prefijado en el artículo 5º, se nota que en la práctica son perjudiciales a la felicidad pública alguno o algunos de los artículos de esta Constitución, el poder que primero lo note pasará a los otros dos poderes relación motivada de su observación.

Artículo 8 (4). En virtud de esta relación, cada uno de los tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en sesiones separadas disputerán el punto cuestionable, tomándose el espacio de un mes, para que con maduro examen se puedan fundar los votos.

Artículo 9 (5). Pasado este tiempo, procederá cada uno de los tres poderes por separado a formalizar su votación, y a pluralidad absoluta de votos, resolverá en cada uno si tiene o no lugar la revisión.

Artículo 10 (6). Si no convienen los tres poderes en que ha lugar a la revisión, cesará todo procedimiento.

Artículo 11 (7). Si convinieren en que ha lugar a la revisión, notificándose mutuamente los tres poderes, procederá el Ejecutivo a hacer la convocatoria de los pueblos, comunicándoles el objeto, para que los electores traigan a su tiempo el poder y facultad de rever la Constitución.

Artículo 12 (8). Congregados los electores, que deben venir a día señalado con el carácter de revisores, se harán en diversos tiempos tres lecturas de la materia que se controvierte, para cuya mayor ilustración y mejor éxito los Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial presentarán al Colegio revisor lo que hayan trabajado, y éste lo tendrá presente, mediando de una a otra lectura por lo menos ocho días de intervalo.

Artículo 13 (9). La pluralidad absoluta de los votos que se den después de las tres lecturas decidirá el punto, y la resolución que se tome tendrá fuerza de Constitución.

Artículo 14. Para ser miembro de la Representación Nacional se requiere indispensablemente ser hombre de veinticinco años cumplidos, dueño de su libertad, que no tenga actualmente empeñada su persona por precio, y si lo estuviere por voto, se considerará absolutamente impedido para la parte ejecutiva y para entrar en las corporaciones de censura y judicial, quedando expeditos por sí y con arreglo a los cánones, los religiosos y los individuos del clero secular para tener representación en el Colegio Electoral y en el Cuerpo Legislativo, siempre que los Regulares sean Prelados o se hallen en alguna especie de emancipación con carácter o ministerio público. Tampoco pueden ser miembros de la Representación Nacional los dementes, sordomudos, ni los de tal manera baldados o lisiados, que se les dificulte gravemente el ejercicio de las funciones propias de la Representación Nacional. Ni serán admitidas en ellas las personas contra quienes, conforme a la Constitución, se haya pronunciado decreto de prisión en causa criminal; ni los fallidos, ya sean culpables o ya inculpables, si no es que estos últimos hayan salido del estado de insolvencia, ni los deudores ejecutados del Tesoro público, ni los transeúntes, ni los vagos, ni los que hayan sufrido pena infamatoria, ni los que vivan a expensas de otro en calidad de sirvientes domésticos, ni los que carezcan de casa abierta, ni los que tengan menos de seis años de vecindad, ni los que hayan dado muestras positivas de ser opuestos a la libertad americana y consiguiente transformación del Gobierno.

Artículo 15. Cualquiera que se halle notado con alguna de Las tachas de que habla el artículo anterior, aun cuando haya obtenido la elección popular, no podrá ser miembro de la Representación Nacional, siempre que la nota objetada se compruebe de modo que merezca el asenso del Colegio Electoral, observándose esto mismo en los casos en que alguno, después de la elección, sea acusado de vida relajada y escandalosa, lo que graduará el Colegio Electoral, precediendo la debida calificación y cuidando de que el honor y opinión de los sindicatos no sea víctima del capricho y malevolencia de sus enemigos. Lo propio se deberá observar respecto de aquellos a quienes se atribuya haberse valido de medios irregulares para obtener la elección.

Artículo 16. Tampoco podrán ser miembros de un mismo poder o de un mismo cuerpo los que tengan parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad por el cómputo civil; pero esto no obstará para que lo sean a un tiempo en diversos poderes o corporaciones.

Artículo 17. El Cuerpo Legislativo señalará los distintivos y uniformes de los individuos de la Representación Nacional y los de los secretarios de Estado y del Despacho universal, teniendo cuidado de que se distingan los diversos poderes y corporaciones por

alguna señal, y que el traje, sin confundirse con los de otros empleados, sea sencillo y circunscripto, de manera que ni por demasiado modesto se haga despreciable, ni por demasiado Costoso parezca reprensible.

Artículo 18. El Rey tiene por su persona y representación el tratamiento de Majestad; la Representación Nacional unida, el de Alteza Serenísima. En las materias de oficio, el Presidente tiene el de Excelencia; sus consejeros, los individuos del Senado y miembros del Legislativo, Señoría ilustrísima; y los del poder Judicial, Señoría.

Artículo 19. Sólo el Rey tiene tratamiento en el trato familiar; los demás funcionarios no pueden exigirlo en igual caso, por no ser concedido a su persona, sino únicamente a su representación oficial.

TÍTULO V

DEL PODER EJECUTIVO

Artículo 1. El ejercicio del Poder Ejecutivo de esa Provincia corresponde al Rey, cuando se halle dentro de su territorio y no esté impedido por alguno de los motivos expresados en el Título III, artículo 8.

Artículo 2. Cuando el Rey ejercite el Poder Ejecutivo, es bajo la responsabilidad de sus ministros, los cuales no quedarán cubiertos de esta responsabilidad sino dando inmediatamente cuenta al Senado de las providencias que - el Rey quiera tomar o tome, contrarias a la Constitución del Estado.

Artículo 3. A falta del Rey, entra en el ejercicio del Poder Ejecutivo el Presidente de la Representación Nacional; y para el mejor desempeño de su ejercicio y acierto en sus deliberaciones estará asociado de dos consejeros, que tendrán voto consultivo y no deliberativo.

Artículo 4. El Presidente de la Representación Nacional será responsable a la nación de todas las providencias que dicte en el ejercicio del Poder Ejecutivo, y sus consejeros no tendrán responsabilidad alguna en las providencias que se dicten contrarias a su dictamen; pero en aquellas que salgan conformes a su opinión responderán in solidum, con el presidente.

Artículo 5. A fin de que se puedan justificar los casos en que tienen o no responsabilidad los consejeros, llevará el Poder Ejecutivo un Libro de Acuerdos en que se extiendan los pareceres de éstos y las resoluciones del presidente en las materias de gravedad.

Artículo 6. Si los consejeros notan que el presidente quiere tomar o toma providencias directa o indirectamente subversivas de esta Constitución, no cubrirán su responsabilidad únicamente con ser de contraria opinión; sino que estarán obligados bajo la misma responsabilidad a dar inmediatamente parte al Senado, para que éste, en uso de sus facultades, tome Las medidas que estime oportunas.

Artículo 7. En los asuntos en que se trate de reunir en un punto la fuerza armada, de aumentarla considerablemente, hacerla marchar, ponerla en acción, bien sea dentro de la capital o en cualquiera parte de la provincia, tendrán los consejeros voto deliberati-

vo, y la pluralidad decidirá si deben o no tomarse tales providencias; pero una vez acordado el asunto y su objeto, podrá el presidente solo continuar dirigiéndolo, arreglándose a lo resuelto.

Artículo 8. Cuando el presidente ejercite el Poder Ejecutivo, podrá por sí o por medio de comisionados de su satisfacción, sin ningún gravamen de los pueblos, visitar los departamentos de la provincia, a fin de asegurar el acierto en las providencias que tome para su fomento y gobierno; pero por ningún motivo podrá salir del territorio de la provincia, y caso de verificarlo, por el mismo hecho quedará suspenso del ejercicio de la presidencia.

Artículo 9. Cuando el presidente ejercita el Poder Ejecutivo tiene dentro de la capital, y en cualquier lugar de la comprensión de esta provincia como Vicegerente de la Real Persona, todos los honores, respetos y atenciones debidos a tan alta representación, y que por las leyes patrias están detallados para los virreyes en quienes antiguamente residía dicha representación.

Artículo 10. Al Poder Ejecutivo corresponde el ejercicio de todas las funciones relativas al gobierno político, militar y económico de esta provincia, en todo aquello que no sea legislativo o contencioso, y sujetándose al tenor de las leyes, para cuya ejecución podrá publicar bandos, proclamas y decretos.

Artículo 11. También queda a su disposición la fuerza armada de la provincia con arreglo al artículo 79 de este Título; pero por ningún caso podrá el presidente ni sus consejeros tomar el mando de las tropas durante el tiempo que ejerciten el Poder Ejecutivo; sino que para este efecto nombrarán el oficial u oficiales militares de su mayor satisfacción.

Artículo 12. También es de cargo del Poder Ejecutivo la recaudación de los caudales públicos, su inversión y custodia; pero no le corresponde a él sino al Poder Legislativo el hacer nuevas imposiciones, derogar las antiguas, prescribir el modo y la cuota con que cada departamento haya de contribuir.

Artículo 13. Los gastos imprevistos y extraordinarios se harán de acuerdo con los dos consejeros, quienes en este caso tendrán voto deliberativo y la misma responsabilidad que el presidente, expidiéndose por los tres los libramientos; y en cuanto a aquellos que exijan el mayor secreto, si por la urgencia o por la calidad de ellos no pudieren ser manifestados a los consejeros, se harán y librarán por sólo el presidente y bajo de su responsabilidad, quedando obligado a dar cuenta de su inversión luego que las razones que los motivaron puedan ser ostensibles sin perjuicio de la causa pública.

Artículo 14. Al Poder Ejecutivo corresponde la provisión de todos los empleos civiles, militares, económicos y de hacienda, y todos los demás que han estado en práctica darse por el Gobierno; y sólo se exceptúan de su nominación los pertenecientes a la Representación Nacional, que son de elección del pueblo; pero tanto a unos como a otros les librará su competente título el Poder Ejecutivo.

Artículo 15. Para dichas provisiones el Poder Ejecutivo se arreglará a las ternas o propuestas que le dirijan los cuerpos o empleados que deban hacerlas, pudiendo devolver-

las a los proponentes para su reforma en los casos en que por graves motivos no convenga confirmar a ninguno de los propuestos.

Artículo 16. El Poder Ejecutivo tendrá bajo su inmediata protección todos los establecimientos públicos destinados a la instrucción de la juventud, al fomento de la industria, a la prosperidad del comercio y al bien general de toda la Provincia; y supervigilará semejantes establecimientos privados que se hagan, cuidando de que ni en los públicos ni en los privados se introduzcan abusos o prácticas contrarios a la felicidad común.

Artículo 17. Para el despacho de todos los negocios tendrá el Poder Ejecutivo uno o dos secretarios que le ayuden, y competente número de oficiales de secretaría, a fin de que por separado se despache cada ramo; y todos estos empleados se pagarán del tesoro público.

Artículo 18. Los secretarios, aunque sus empleos son de los más recomendables y de mayor categoría en el orden de la sociedad, no gozan del carácter de la Representación Nacional, y el Poder a quien pertenezcan cuidará de distinguirlos para la consideración pública en razón de sus ministerios. Ellos y los oficiales de secretaría, como los demás empleados de otras oficinas, y con particularidad los que dependen de alguno de los tres Poderes, no podrán a un mismo tiempo ejercer sus oficios y ser miembros de la Representación Nacional.

Artículo 19. Los secretarios y oficiales de Secretaría deberán ser de toda la satisfacción del Presidente cuando está a su cargo el Poder Ejecutivo, supuesto que cualquiera falta que cometan estos empleados será bajo la responsabilidad de dicho Presidente.

Artículo 20. Por tanto, la nominación de secretarios y oficiales de secretarías corresponde al Presidente cuando ejercite el Poder Ejecutivo, pero la separación de estos empleados sólo la verificará con acuerdo de los dos consejeros, cuando conste su ineptitud para el desempeño de sus respectivos encargos, proporcionándoles inmediatamente otros destinos donde puedan ser útiles; sin que la separación sea una nota contra la opinión que merezcan por sus buenas costumbres y demás prendas que los hagan dignos del aprecio público. Y sólo en el caso de criminalidad podrán ser depuestos de los empleos por el mismo Presidente y acuerdo de los dos consejeros, precediendo la causa que debe formárseles con sujeción a las leyes.

Artículo 21. Al Poder Ejecutivo corresponde el promulgar y hacer poner en práctica las leyes que dicte el Poder Legislativo, el cual para este efecto deberá pasárselas con un oficio en que exponga en extracto las razones que tuvo presentes para dictar aquellas leyes advirtiendo que la remisión debe hacerse de cada ley por separado con su correspondiente oficio.

Artículo 22. Si el Poder Ejecutivo considera útil la ley que se le presenta, o no halla inconveniente grave en su ejecución, pondrá al pie de ella el decreto publíquese y ejecútese; y dará al Cuerpo Legislativo noticia de esta resolución por medio de un oficio.

Artículo 23. Si en la ejecución de la ley que se le presenta, hallare el Poder Ejecutivo graves inconvenientes o considerable perjuicio público, en virtud del derecho de Obstar que le está reservado, pondrá al pie de la ley el decreto objétese y devuélvase; y en

el oficio de devolución que dirija al Poder Legislativo expresará las objeciones que le han ocurrido para no publicar ni dar cumplimiento a la ley.

Artículo 24. Si la ley que se le presenta se opone directa o indirectamente a la Constitución, bien sea en su sustancia, o bien por no haberse guardado las formalidades prescritas por dicha Constitución, pondrá al pie el decreto devuélvase por inconstitucional; y en el oficio de devolución expresará los artículos o las formalidades de la Constitución que son contrarios a la ley propuesta.

Artículo 25. Si dentro de diez días, contados desde la fecha de aquel en que el Poder Ejecutivo recibe la nueva ley propuesta por el Poder Legislativo, no se le hubiese puesto ninguno de los tres decretos mencionados en los tres artículos anteriores, por el mismo hecho y en virtud del presente artículo, quedará la ley sancionada y se procederá a su publicación y ejecución, pero si la ley fuere derogatoria de algún artículo o artículos de esta Constitución, no valdrá en su favor que el tiempo la haya ejecutoriado; y el Senado tomará la mano para impedir su ejecución.

Artículo 26. Si las objeciones o nota de inconstitucional que el Poder Ejecutivo ponga a la ley que se le propone fuesen notoriamente fútiles o arbitrarias, el Poder Legislativo lo hará presente al Senado para que reconociendo y comprobando la futilidad o arbitrariedad de las objeciones o nota, le notifique al Poder Ejecutivo que publique y ponga en ejecución la ley, y llegando el caso de esta notificación, no podrá el Poder Ejecutivo negarse a cumplir con su tenor.

Artículo 27. Si las objeciones fueren tales que merezcan en concepto del Cuerpo Legislativo el que se sobresea en la promulgación de la ley propuesta, mandará archivarla, y se suspenderá todo procedimiento.

Artículo 28. Pero si aunque las objeciones sean fundadas, tienen respuesta y solución satisfactoria, deberá darla el Poder Legislativo, acompañando de nuevo con ella la ley, y dirigiéndola al Poder Ejecutivo si éste se satisface con la respuesta, pondrá el decreto publíquese y ejecútese; y si no se satisface, pondrá suspéndase hasta nueva Legislatura, y la devolverá al Poder Legislativo, acompañándola con oficio en que se expresen las razones que motivan este nuevo decreto.

Artículo 29. Una vez decretada la suspensión hasta nueva Legislatura, no podrá la Legislatura existente tratar de la ejecución de aquella ley, sino archivarla con todos los oficios que le han acompañado, para que al año siguiente, renovada la Legislatura, vuelva a tomarla en consideración, si lo juzgase oportuno.

Artículo 30. En caso de que la nueva Legislatura vuelva a proponer la misma ley, sin reforma sustancial y respondiendo a las últimas objeciones del Poder Ejecutivo, estará éste obligado a publicarla y ejecutarla, sin poder hacer nuevas objeciones, pero si la nueva Legislatura vuelve a proponer la ley con alguna reforma sustancial, tiene el Poder Ejecutivo derecho de objetar lo que estime oportuno contra esta reforma.

Artículo 31. El Poder Ejecutivo tiene derecho de proponer al Cuerpo Legislativo las materias que en su concepto exijan resolución con fuerza de ley, y el Poder Legislativo las tomará en consideración sin perjuicio de las mociones que hayan hecho sus miembros, y

cuya resolución parezca más urgente; pero las propuestas que haga el Poder Ejecutivo no podrán ir concebidas en forma de proyecto de ley.

Artículo 32. El Poder Ejecutivo tiene derecho de convocar al Cuerpo Legislativo en sesión extraordinaria para que tome en consideración y resuelva lo que estime oportuno en algún asunto urgente en que sería peligrosa la tardanza en esperar las sesiones ordinarias del Poder Legislativo.

Artículo 33. El Poder Ejecutivo no podrá entrometerse en el ejercicio y las funciones del Poder Judicial, pero sí estará a la mira de sus operaciones para asegurar la observancia de la Constitución en los Tribunales, y caso de infracción notoria, pasar noticia al Senado para que se proceda a la reforma.

Artículo 34. Si el Poder Ejecutivo tiene aviso de que se trama interior o exteriormente alguna conspiración contra el Estado, puede en este caso dar de propia autoridad decretos de prisión, arresto o arraigo contra los que se presuman autores, cómplices o instruidos en la conspiración; para aclarar el hecho podrá por medio de un comisionado de su satisfacción, precisamente miembro del Poder Judicial, o Juez inferior, tomarles declaración instructiva; pero a los presos dentro del quinto día, a los arrestados dentro de ocho días, y a los arraigados dentro de quince, deberá ponerlos en libertad si los considera inocentes; o entregarlos con la causa iniciada al Juzgado o Tribunal competente, para que los juzgue según las leyes, si los halla culpados.

Artículo 35. El Poder Ejecutivo tiene la preciosa facultad de conceder indultos generales, del modo y en los casos que hasta ahora se ha practicado.

Artículo 36. Para ser Presidente o Consejero del Poder Ejecutivo se requiere, además de las cualidades prescritas en el título IV, artículo 14, la de ser de edad de treinta y cinco años cumplidos, tener competente instrucción en materias de gobierno de la república, ser vecino de esta provincia por más de diez años, y tener un manejo, renta o provenito equivalente, a lo menos, al capital de cuatro mil pesos.

Artículo 37. La nominación del Presidente y sus consejeros se hará por los electores, expresando individualmente cuál nombran para Presidente y cuáles para Consejero o consejeros y el ejercicio de sus funciones durará por tres años renovándose un miembro en cada año, a saber: en el primero, el primer Consejero; en el segundo, el otro Consejero; y en el tercero, el Presidente, repitiendo esta misma operación sucesivamente en otros trienios.

Artículo 38. El Presidente no podrá ser reelecto hasta pasados tres años, ni concluido el trienio de la Presidencia ocupar ninguno de los destinos de la Representación Nacional. Los consejeros podrán serlo por primera reelección; pero en ningún caso por la segunda hasta pasados tres años.

Artículo 39. Dos meses después de haber concluido sus funciones el Presidente o cualquiera de sus consejeros, se abrirá, sin gravamen de las partes, por el Senado, el juicio de residencia a que están sujetos; permanecerá abierto por espacio de cuarenta días, dentro de los cuales se recibirán todas las quejas o demandas que se pongan contra ellos en materias relativas al ejercicio de sus funciones; pero no se oirán ni recibirán como cargos de

residencia las quejas o demandas relativas a la conducta privada y opiniones particulares de estos funcionarios.

Artículo 40. Si durante el ejercicio de los consejeros muriere alguno de ellos, o por enfermedad u otro motivo se imposibilitare en el desempeño de sus funciones, el Poder Legislativo hará terna proponiendo sustituto que sirva por el tiempo que falte para juntarse los electores, y la presentará, dentro de ocho días de la vacante, al Senado, para que dentro de otros ocho nombre precisamente uno de los propuestos en la terna.

Artículo 41. El Presidente que sale deberá dar al entrante una relación exacta del estado de la Provincia, sus progresos o deterioro que haya habido durante el tiempo de su presidencia; los proyectos de reforma, obras públicas y demás objetos que se hallen por principiar, o ya principiados, o en estado de concluirse; últimamente, una noticia documentada de los ingresos del Tesoro público; de los objetos en que éste se ha invertido, y del sobrante o déficit que haya resultado. También, en pliego separado, deberá dar razón de todas las negociaciones políticas que en su tiempo se hayan hecho, bien sea con las otras Provincias de este Reino, o bien con los Estados extraños, y expresará el resultado que estas negociaciones hayan tenido.

Artículo 42. A fin de que el público quede satisfecho de la justa inversión de los caudales públicos, el Poder Ejecutivo hará imprimir cada año un estado en extracto de todas las entradas y salidas del tesoro general de la Provincia que haya habido en el año anterior.

Artículo 43. El Presidente y sus consejeros serán mantenidos a expensas del Estado durante el ejercicio de sus funciones; la cuota de sus sueldos la asignará el Poder Legislativo a quien corresponde este negocio, con consideración a la alta representación de los empleos y a los ingresos que tenga la provincia.

Artículo 44. El Presidente y sus consejeros, durante estas funciones y hasta un año después de haber salido de ellas, no podrán ejercitar por sí ni como delegados función alguna correspondiente a los otros dos Poderes Legislativo y Judicial. Tampoco podrán durante el mismo tiempo obtener mando alguno de armas, ni en guarnición, ni en campaña; pero sí el económico de sus respectivos cuerpos, los que sean jefes naturales de alguno.

Artículo 45. Los que han sido miembros del Poder Ejecutivo, después de haber sufrido la residencia prescrita en el artículo 39 de este Título, no podrán ser acusados ni juzgados en ningún tiempo por sus dictámenes, escritos o hechos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 46. El Presidente y los consejeros del Poder Ejecutivo desde el momento en que son nombrados para estas funciones, hasta dos meses después de haberlas concluido, no pueden ser arrestados, presos ni juzgados, sino únicamente por el Senado, y solamente en los dos casos que siguen:

Artículo 47. Por casos criminales de gravedad que merezcan pena capital cuando son sorprendidos in fraganti delicto, en cuyo caso el sorprendedor dará inmediatamente cuenta, con justificación del hecho, al Senado.

Artículo 48. Por acusación formal hecha por escrito, firmada y presentada al Senado, en la cual se acuse al Presidente, o a alguno de sus consejeros, de los delitos de traición, dilapidación del Tesoro público, maniobras para trastornar el Gobierno y la constitución, o cualquier atentado contra la seguridad interior de la provincia, pero para ser admisible esta acusación, se requiere una semiplena prueba de su relato.

Artículo 49. La violación del secreto en las materias graves de Estado debe considerarse como delito de traición, y por lo mismo pueden ser perseguidos, acusados y juzgados por él el Presidente y sus consejeros, y con superioridad de razón, los secretarios o ministros y los oficiales de secretaría, y en general, todo funcionario público.

Artículo 50. Los secretarios y oficiales de secretaría, en lo relativo a su conducta privada, podrán en cualquier tiempo ser juzgados por cualquier tribunal a quien corresponda, captando previamente la venia del Poder Ejecutivo, en lo relativo a la conducta pública, o mala versación en el ejercicio de las funciones de dichos secretarios y oficiales, por nadie podrán ser juzgados sin que preceda el mandamiento de prisión del Poder Ejecutivo y demás diligencias que en el artículo 34 de este Título se han prescrito para el caso de conspiración. El Senado tiene derecho de impetrar el mandamiento de prisión del Poder Ejecutivo contra los secretarios o ministros y los oficiales de secretaría, siempre que con sus operaciones hayan quebrantado algún artículo o artículos de esta Constitución.

Artículo 51. El Presidente y los consejeros no pueden ser parientes hasta el tercer grado civil de consanguinidad o afinidad, ni ascendientes o descendientes en línea recta.

Artículo 52. A fin de que cualquier ciudadano pueda informar al Poder Ejecutivo de todo lo que estime conveniente al bien público, en papel firmado o anónimo, y sin la más leve responsabilidad del informante, habrá en la Secretaría una caja cerrada, que por medio de un agujero comunique a la parte exterior de la oficina, para que cualquiera introduzca por dicho agujero los informes que estime oportunos. La llave de esta caja estará en poder del Presidente; y para abrirla, será a presencia de sus consejeros al principio de cada semana. Los papeles que en dicha caja se recojan no tendrán más fuerza que la de simples avisos, ni ellos solos podrán ocasionar en ningún caso ningún procedimiento judicial.

Artículo 53. En un caso urgentísimo en que peligre la seguridad y quietud del Estado, bien sea por conspiraciones interiores o bien por amenazas de ataques exteriores, tiene el Poder Ejecutivo derecho de impetrar del Senado decreto suspensivo del imperio de la Constitución, en alguno o algunos de sus artículos, cuya ejecución por las circunstancias pudiera agravar el peligro. Esta impetración deberá hacerla con expresión de los motivos en que la funda; y el Senado, en vista de ellos y de comprobada necesidad, dará el decreto de suspensión por tiempo limitado, que por ningún caso podrá pasar de seis meses.

Artículo 54. La primera obligación del Poder Ejecutivo es y será siempre poner en ejecución y dar cumplimiento en todas sus partes a esta Constitución, impidiendo que el trascurso del tiempo y descuido introduzcan abusos y corruptelas contrarias a lo que en ella se dispone.

TÍTULO VI

DEL PODER LEGISLATIVO

Artículo 1. El ejercicio del Poder Legislativo corresponde a los miembros nombrados por el pueblo para este efecto.

Artículo 2. El número de estos miembros será por ahora y mientras que se rectifica con el censo de la población, el de diez y nueve, calculándose por cómputo el más aproximado el de esta provincia en ciento noventa mil habitantes, y señalándose por cada diez mil un individuo en la Legislatura.

Artículo 3. Cada año se renovará la mitad de los miembros del Poder Legislativo; y los que entren de nuevo, junto con los miembros restantes del año anterior, constituirán una nueva Legislatura.

Artículo 4. La renovación se hará sacando la mitad de los miembros más antiguos, de suerte que a excepción de este primer año, que saldrán por sorteo, siempre se verifique que cada miembro sirva dos años.

Artículo 5. En falta del Prefecto de la Legislatura, ejercerá sus funciones el designado, cuyas elecciones las debe hacer el Cuerpo Legislativo, observando en ellas lo dispuesto para las demás elecciones, y con la calidad de que uno y otro sean del número de los de la Legislatura.

Artículo 6. El Cuerpo Legislativo es permanente; pero sus sesiones no serán continuas sino en los meses de mayo y junio de cada año, hasta completar sesenta días útiles, quedándoles libre el resto del tiempo para atender a sus ocupaciones domésticas.

Artículo 7. En cualquier tiempo en que sean convocados los miembros del Poder Legislativo por el Ejecutivo, para tomar resolución sobre algún caso urgente, deberán juntarse en sesión extraordinaria.

Artículo 8. Todos los miembros del Poder Legislativo tienen derecho de hacer mociones y proponer proyectos de ley en las materias en que consideren haber necesidad de resolución: el Cuerpo Legislativo, a puerta cerrada, recibirá estas mociones y examinará si deben o no discutirse, reduciendo este punto a votación que deberá hacerse por cada miembro con las simples voces: admítase o no se admite; y la pluralidad decidirá su admisión o inadmisión.

Artículo 9. Una vez admitida la moción, las discusiones se harán a puerta abierta, con libre acceso del pueblo; y cualquiera discusión que no se haya hecho de este modo, será nula, de ningún valor ni efecto.

Artículo 10. Los ciudadanos que tengan observaciones con qué contribuir o reparos que objetar entre discusión y discusión al proyecto de ley, lo podrán hacer, y sus exposiciones por escrito serán admitidas y tenidas en consideración, siempre que sean concisas y oportunas, y guarden la moderación, el decoro y respeto que corresponde a la importancia de los asuntos y a la dignidad del Cuerpo Legislativo Artículo 11. Admitida una moción o proyecto de ley, podrá el Cuerpo Legislativo, si lo estimase conveniente, nombrar una comisión para su examen; y esta comisión cesará cesando el objeto para que ha

sido nombrada; pues por ningún caso podrá el Cuerpo Legislativo dividirse en comisiones permanentes.

Artículo 11. Para que sea válida cualquiera resolución o sanción del Poder Legislativo, se han de hallar en él necesariamente, a lo menos las dos terceras partes de los miembros de que se compone, y en el caso de concurrir sólo éstas, la pluralidad absoluta con respecto a las mismas dos terceras partes, y no a la totalidad, formará la resolución.

Artículo 13. Bien sea examinando un punto por comisión nombrada para este efecto, o bien por la totalidad del Cuerpo Legislativo, el orden en que se procederá será el siguiente:

Artículo 14 (1). Entre discusión y discusión de cada proyecto de ley han de intervenir cuatro días, de manera que al sexto se haga la segunda, y con igual intervalo la tercera. El Prefecto de la Legislatura nombrará uno de los individuos que hayan opinado por la afirmativa, y otro de los que hayan opinado por la negativa, para que hagan de oradores en pro y en contra del proyecto de ley. El secretario del Cuerpo hará de orador cuando no haya opinante de oposición.

Artículo 15 (2). Pasados los cuatro días principiará la discusión, haciéndose la primera lectura del proyecto de ley, e inmediatamente después leerán los dos oradores nombrados, cada uno su respectivo discurso; hecho esto, todos los miembros podrán hablar y conferir lo que estimen por conveniente en la materia, proponiendo las reformas que deban hacerse al proyecto de ley para salvar las objeciones o corregir los inconvenientes que se le hayan objetado; y a pluralidad de votos se decidirá si debe o no reformarse el proyecto de ley, y cuáles sean las reformas que deban hacerse.

Artículo 16 (3). Pasados otros cuatro días se hará la segunda lectura del proyecto de ley reformado con arreglo al acuerdo hecho en la primera lectura; habrá lugar a nueva discusión y objeciones en pro y en contra; y a pluralidad de votos se decidirá de nuevo si debe o no procederse a ulterior reforma, y los términos en que deba hacerse ésta.

Artículo 17 (4). Pasados otros cuatro días se hará la tercera y última lectura del proyecto de ley, no ya para dar lugar a nueva discusión, sino para examinar si está extendido en los términos y con las modificaciones acordadas y resueltas en las dos lecturas anteriores; y aprobado el proyecto de ley bajo este concepto, se extenderá el oficio para dirigirlo al Poder Ejecutivo, con quien se harán todas las gestiones conducentes a su publicación y ejecución, arreglándose a lo dispuesto en el Título V desde el artículo 21 hasta el 30, inclusive.

Artículo 18. Después de resuelta una ley por el Poder Legislativo, y aceptada y publicada por el Ejecutivo, no podrá la misma Legislatura de propia autoridad volver a poner en discusión el punto decidido en aquella ley, sino que ésta se mantendrá vigente hasta que pasadas dos Legislaturas haya habido tiempo para mudarse todos los miembros que dictaron la ley.

Artículo 19. Pero si esta ley en su ejecución presenta graves inconvenientes o perjuicios públicos, notados éstos por el Poder Ejecutivo, o por el Judicial, tendrá facultad cualquiera de los dos de hacerlos presentes al Senado; y éste, comprobadas los daños o

perjuicios, notificará al Cuerpo Legislativo vuelva a tomar en consideración la materia, cuya notificación deberá tener efecto aun cuando no hayan pasado las dos Legislaturas prevenidas en el artículo anterior.

Artículo 20. Sólo el Poder Legislativo tiene facultad de interpretar, ampliar, restringir, o comentar las leyes; pero guardando siempre en estos casos las formalidades que se requieren y están prescritas para su establecimiento. El Poder Ejecutivo y el Judicial deberán seguirlas a la letra; y en caso de duda consultar al Cuerpo Legislativo.

Artículo 21. Ninguna ley que se promulgue ni de nuevo se comente, interprete o glose podrá tener efecto retroactivo, ni aun para el caso en que se ofrezca la duda que motiva la consulta.

Artículo 22. Al Prefecto de la Legislatura corresponde el derecho de designar las materias que deben tratarse diariamente en las sesiones, escogiéndolas precisamente entre las mociones que están admitidas y avisando con dos días de anticipación lo que se va a tratar, a fin de que tengan tiempo de meditar el punto los vocales; pero una vez puesta una materia en discusión no podrá el Presidente impedir su curso hasta la definitiva resolución.

Artículo 23. Para facilitar y abreviar las reformas que se necesiten en todos los ramos de la Legislación podrá el Cuerpo Legislativo, siempre que lo estime por conveniente, nombrar comisiones de vecinos peritos en cada ramo para que le informen de los objetos que exigen más pronta reforma, y de los términos y el modo en que deba hacerse ésta; pero tendrá el Cuerpo Legislativo particularísimo cuidado de no ocupar en tales comisiones a las personas que deben suponerse interesadas en que subsistan los abusos, por vivir o haber vivido a expensas de ellos.

Artículo 24. El primer cuidado del Cuerpo Legislativo será proceder a la indispensable reforma del Código que nos rige, a fin de adaptarlo a la forma de gobierno que se ha establecido; entretanto que se verifica esta reforma debe declararse y se declara dicho Código en toda su fuerza y vigor en los puntos que directa o indirectamente no sean contrarios a esta Constitución.

Artículo 25. Cuando en las deliberaciones del Cuerpo Legislativo resulte igualdad de votos en pro y en contra, se volverá a discutir con más maduro examen la materia, y se procederá a nueva votación; y si todavía resultare otra vez la misma igualdad de votos, se dejará pendiente el asunto hasta que se renueve la Legislatura.

Artículo 26. El Poder Legislativo nombrará un Secretario del Cuerpo mismo, y a propuesta de éste con consideración a sus trabajos exigirá del Poder Ejecutivo que se le auxilie con uno, dos o más oficiales, los que desde luego no tendrán intervención en las secretarías de aquél, u otros poderes. También será conveniente que haya, luego que se pueda lograr, un escribiente taquígrafo para que escriba todos los debates que ocurran, a fin de imprimirlos y dar esta satisfacción al público. El secretario y los oficiales serán gratificados a cuenta del Estado a proporción de su trabajo.

Artículo 27. Al Cuerpo Legislativo corresponde la facultad de asignar las contribuciones que deban pagarse por el pueblo, el modo como deben cobrarse, y los ramos sobre

que deban imponerse; y esta asignación irá fundada sobre el cálculo de los gastos que deben hacerse, el que anualmente pasará el Poder Ejecutivo al Legislativo, y éste proporcionará que quede siempre algún superávit para gastos imprevistos.

Artículo 28. Cualquiera persona o corporación de cualquier clase, estado o condición que sea, no podrá exigir contribuciones públicas por ningún pretexto, ni aun el de la costumbre anterior o posterior a esta Constitución, a menos de no estar aprobadas expresamente por el Poder Legislativo, y la persona o personas, corporación o corporaciones que quebranten esta prohibición serán castigadas con la pena que la ley asigne a los concusionarios públicos. Se exceptúan de esta regla las contribuciones que actualmente están en pie para sostener el Estado, las cuales quedarán en su fuerza y vigor hasta el definitivo arreglo del Tesoro público.

Artículo 29. El Poder Legislativo es el único que tiene derecho de asignar los sueldos que deben gozar los funcionarios y empleados públicos, aumentando o disminuyendo la cuota con arreglo a la representación y al trabajo de cada uno, y al estado de ingresos que tenga el Tesoro público.

Artículo 30. Los miembros del Cuerpo Legislativo no tendrán por ahora sueldo ni gratificación alguna, hasta que, aumentadas y mejoradas las rentas del Estado, pueda asignárseles cómodamente; y en este caso, sus sesiones serán diarias todo el año y no por sólo dos meses, como por ahora, atendidas las circunstancias, se ha prevenido en el artículo 69 de este Título.

Artículo 31. Los miembros del Poder Legislativo desde el momento en que entran a ejercitar estas funciones hasta un año después de haber cumplido su ministerio, no pueden ni por sí, como delegados, ni como subalternos, ejercitar función alguna perteneciente a los otros dos poderes, Ejecutivo y Judicial.

Artículo 32. En cualquier caso, siempre que un funcionario o funcionarios de un poder se entrometan en el ejercicio de otro u otros, todo lo que así se efectúe será nulo, de ningún valor ni efecto; y al funcionario o funcionarios entrometidos se les castigará severamente por el Senado con la pena que la ley asigne a los perturbadores del orden público y usurpadores injustos de la autoridad que no les ha delegado el pueblo.

Artículo 33. Uno de los secretarios de Estado, a nombre del Poder Ejecutivo, y por vía de mensaje, hará todos los años la apertura de las sesiones del Cuerpo Legislativo, pronunciando un discurso en que rápidamente exponga las materias que por su gravedad e importancia exigen con preferencia la atención y deliberación del Poder Legislativo.

Artículo 34. Ningún miembro del Cuerpo Legislativo puede ser reelegido dos veces de seguida para el mismo ejercicio, sino que para que haya lugar a segunda reelección deberán pasar a lo menos dos años de intervalo.

Artículo 35. Cuando por algún evento fortuito de muerte, criminalidad, enfermedad u otro motivo, vacaren alguna o algunas plazas del Poder Legislativo, el Ejecutivo propondrá dentro de ocho días los sustitutos que las han de desempeñar; y el Senado, dentro de otros ocho días, nombrará el sustituto o sustitutos para que las sirvan, hasta que, reunidos al fin de año los electores, nombren propietarios para estas plazas.

Artículo 36. Al Prefecto de la Legislatura, y en su lugar al designado, corresponde el gobierno y la policía interior del Cuerpo; pero para corregir la falta de asistencia de cualquier individuo, o desórdenes que se cometan durante las sesiones, procederá con acuerdo del mismo Cuerpo, usando de la pena de arresto, que no deberá extenderse a más de ocho días, o la de multa, que no deberá exceder de veinte pesos. A objeto de precaver dichos desórdenes hará observar estas reglas:

- 1a. Que las mociones se lleven por escrito;
- 2a. Que no se pase de una materia a otra en una misma sesión sin haber concluido la primera;
- 3a. Que no se confunda la discusión con las votaciones;
- 4a. Que las discusiones se hagan hablando indiferentemente, según lo que ocurra a cada uno y sin orden de asientos;
51. Que los discursos de los sufragantes no vayan por escrito, exceptuándose los de los dos oradores, que por la afirmativa y negativa deben hablar en sus casos;
- 6a. Que reducido el punto a la última precisión, los sufragios se den a un mismo tiempo por medio de señales sensibles con que cada cual haga manifiesto su voto, afirmativo o negativo.

Artículo 37. Las cualidades que se requieren para ser miembro del Cuerpo Legislativo son las mismas detalladas en el Título IV, artículo 14.

Artículo 38. Ningún miembro del Cuerpo Legislativo puede ser perseguido en ningún tiempo por las opiniones que haya manifestado en las discusiones, deliberaciones y demás actos del Cuerpo Legislativo.

Artículo 39. Los miembros del Poder Legislativo gozan de la misma exención que para los del Ejecutivo se ha dicho en el Título V, artículo 45, y no podrán ser juzgados sino con arreglo a los artículos 46, 47, 48 y 49 del mismo Título.

Artículo 40. El Secretario de la Legislatura, como tal, está a las inmediatas órdenes del Cuerpo, y los oficiales de la Secretaría podrán ser juzgados con arreglo a lo establecido en razón de los de otras oficinas de igual clase.

Artículo 41. Los parientes hasta el tercer grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad, y los ascendientes y descendientes en línea recta, no pueden ser a un mismo tiempo miembros del Poder Legislativo.

TÍTULO VII

DEL PODER JUDICIAL

Artículo 1. El Poder Judicial consiste en la autoridad de examinar las diferencias que se suscitan entre los ciudadanos, fijar sus derechos, juzgar sus demandas y querellas, y aplicar las penas establecidas por las leyes a los infractores de ellas. E uso ordinario de estos

juicios es lo que propiamente se dice Poder Judicial. El ejercicio de este poder, como parte de la Representación Nacional, corresponde a los tribunales superiores de la provincia. Los jueces de la primera instancia, los inferiores, y las municipalidades que hay o de nuevo se establezcan para facilitar la administración de justicia, y cuidar de la policía, no tienen parte en la Representación Nacional.

Artículo 2. Solamente son del resorte del Poder Judicial las materias contenciosas, bajo el aspecto de tales; y por ningún caso podrá entrometerse en lo relativo a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, aunque sea de un asunto contencioso.

Artículo 3. El primer Tribunal de la Provincia preferente a todos los demás es el Senado; después siguen los de apelación; últimamente entran los jueces de primera instancia con sus municipalidades, y los pedáneos con las pequeñas municipalidades que debe haber en todo poblado por pequeño que sea.

Senado

Artículo 4. El objetivo primitivo de este Senado es velar sobre el cumplimiento exacto de esta Constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano.

Artículo 5. El Senado se compondrá de cinco miembros electos por la Representación Nacional, a saber: el vicepresidente de ella y cuatro senadores.

Artículo 6. El vicepresidente de la Representación Nacional durará por el espacio de tres años; pero los cuatro senadores se renovarán por mitades cada dos años, saliendo los dos más antiguos; y por la primera vez, así para el orden de los asientos como para la renovación, decidirá la suerte la antigüedad de cada uno de ellos.

Artículo 7. Los miembros que entran de nuevo para reponer a los salientes, son nombrados expresamente para este efecto por los electores a fin de cada año.

Artículo 8. Al Senado corresponde el juicio de residencia a que están sujetos todos los miembros de la Representación Nacional, incluso aquellos que han compuesto el mismo Senado.

Artículo 9. Para la residencia de los individuos que hayan salido del Senado se formará este cuerpo de los nuevos senadores y de miembros que ellos mismos pedirán por oficio al Poder Judicial, y éste enviará al efecto para completar el número de cinco, a fin de que en ningún caso sean jueces de residencia los que han sido compañeros de los residenciados.

Artículo 10. Al principio de cada año formará el Senado lista individual de todos los miembros de la Representación Nacional que han concluido sus funciones al fin del año anterior, y la circulará por toda la provincia convocando a los que se sientan agraviados, para que dentro de dos meses ocurran a producir sus quejas en juicio de residencia.

Artículo 11. Aun fuera del caso de residencia está obligado el Senado a tomar en consideración cualquiera queja o aviso documentado que se le dé por cualquier poder, funcionario público o ciudadano, de haber alguno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial, o alguno de sus miembros, usurpado las facultades de otro u otros, o quebrantado

tado notoriamente alguno o algunos de los artículos de esta constitución; y en la materia procederá bajo las reglas siguientes:

Artículo 12 (1). Examinará detenidamente si el motivo de la queja es de naturaleza que exija pronto remedio, o si podrá dejarse sin que peligre la causa pública para que se ventile en el juicio de residencia. La pluralidad absoluta de votos decidirá este problema.

Artículo 13 (2). Una vez resuelto que debe darse pronto curso al negocio, el Senado pasará la queja documentada al poder o funcionario que se supone infractor de la Constitución, para que dentro de tercero día informe lo que estime conveniente para descargo de su conducta sobre la materia.

Artículo 14 (3). En vista de la queja y del informe decidirá el Senado si ha lugar o no a ulteriores procedimientos; y en caso de la afirmativa, notificará al funcionario o poder que resulte infractor, que arreglándose a la Constitución reforme su providencia dentro de tercero día.

Artículo 15 (4). Si pasado este término no hubiese contestado el poder o funcionario infractor, acompañando documento justificativo de haber reformado su conducta o providencia, el Senado librará un primer monitorio relacionando en extracto la queja y sus documentos, el informe sobre ella dado, el artículo o artículos de la Constitución que se han quebrantado, y la providencia de reforma no obedecida, y conminando al poder o funcionario infractor para que dentro de otro tercero día reforme su conducta o providencia. Este monitorio, además de intimarse al poder o funcionario infractor, se comunicará oficialmente a la Representación Nacional, convocándola el Senado en caso de que el poder contra quien procede sea el Ejecutivo, pues de no serlo, hará éste la convocatoria.

Artículo 16 (5). Congregada la Representación Nacional, ella, tomando el conocimiento, bien sea porque el poder infractor interponga apelación, bien sea avocándose en defecto de este recurso el conocimiento de un negocio tan digno de su consideración, hará de tercero en tercero día la segunda y tercera intimación al infractor, y si no cediere, procederá la Representación Nacional a su deposición y reemplazo, sin intervenir en otra cosa ni confundir en sí misma, ni permitir que se confundan en otras corporaciones, los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Artículo 17 (6). Para este único caso bastará que se congreguen los miembros de la representación de la provincia que tengan su residencia en la capital o en sus inmediaciones, de manera que puedan reunirse a la mayor brevedad.

Artículo 18. Los jefes y cuerpos militares, sin perjuicio de que por lo general estén subordinados al Presidente del Estado, quedarán constitucionalmente sometidos para este caso a las órdenes de la Representación Nacional.

Artículo 19. Para que tenga lugar la convocatoria de la Representación Nacional y los monitorios será requisito indispensable que convengan cuatro votos del Senado en la necesidad de esta medida, y si para completarlos se necesitare de sufragio de fuera del cuerpo, se pedirán dos ministros de los Tribunales de Gobierno y Justicia.

Artículo 20. El poder o funcionario que se vea conminado con el primer monitorio del Senado podrá apelar a la Representación Nacional unida, dentro de tercero día que dicho monitorio le asigna para obedecer; y no podrá negársele este recurso.

Artículo 21. En el caso de apelación que interponga el poder a quien se atribuya infracción, deberá la Representación Nacional, en sesión continua, que por ningún caso podrá interrumpirse, oído el voto afirmativo del Senado, y lo mismo del poder que se diga agravado, decidir, con presencia de los antecedentes, la cuestión, y mantenerse reunida hasta tanto que aquietados los ánimos se restituyan las cosas al ser constitucional.

Artículo 22. Al Senado corresponde el nombrar sustituto en las vacantes que dentro de cada año ocurran en la Representación Nacional, sujetándose a la terna que le presente el poder a quien toque hacerla.

Artículo 23. El Senado es juez privativo de los miembros de la Representación Nacional durante el ejercicio de sus funciones, y no podrá llamarlos a juicio sino en los casos expresados en los artículos 47, 48 y 49 del Título V.

Artículo 24. En estos casos, para admitir la acusación se reconocerán los documentos que la justifiquen y deban acompañarla, y la pluralidad de votos decidirá si se admite o no la acusación.

Artículo 25. El decreto de admisión de la acusación trae necesariamente consigo la suspensión en las funciones de su ministerio del reo o de los reos en ella comprendidos.

Artículo 26. Una vez admitida la acusación, se notificará al reo o a los reos que dentro del tercero día comparezcan a dar cuenta de su conducta; y cuando se presenten, se les oirá a puerta cerrada el descargo que den, del cual se hará proceso verbal a continuación de la acusación.

Artículo 27. Si no comparece el acusado dentro del tercero día asignado por el primer decreto; se le notificará lo verifique dentro del segundo día; por último y perentorio término, y compareciendo, se le oirá como se ha dicho en el artículo anterior.

Artículo 28. Si comparece el acusado, en vista de la acusación y su descargo; y si no comparece, en vista de la acusación sola, declarará el Senado si debe o no entregarse el acusado a los Tribunales de Justicia unidos, que son los que deberán sentenciarlo.

Artículo 29. Para ser miembro del Senado se requiere, además de las circunstancias prescritas en el artículo 14 del Título IV, la edad de treinta y cinco años cumplidos, con doce años de residencia en esta provincia, sobre la vecindad adquirida con cualquiera otro título; y tener un manejo, renta o provento equivalente al capital de diez mil pesos.

Artículo 30. No podrán ser a un mismo tiempo miembros del Senado los parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad, ni los ascendientes o descendientes en línea recta.

Artículo 31. Cuando ocurra que algún pariente o parientes de alguno de los senadores sea acusado o residenciado en el Senado, el senador pariente se separará del conocimiento de estos negocios, y en su lugar se pondrá un suplente, del modo que se ha dicho en el artículo 9 de este Título.

Artículo 32. El Senado, para los efectos de su incumbencia, celebrará sesiones diarias en todo el año, y sus miembros serán mantenidos a expensas del Estado con un sueldo proporcional al decoro de su dignidad, al trabajo de su ministerio y a los proventos del tesoro público. El Senado podrá nombrar un secretario de fuera del cuerpo, y éste, en razón de la secretaría, tendrá la dotación y los auxilios que se concedan al del Cuerpo Legislativo, con proporción a los trabajos de su destino.

2° -Tribunales de apelación y jueces de primera instancia

Artículo 33. Los tribunales de apelación y jueces subalternos se gobernarán, por ahora, conforme al reglamento que aprobó la Suprema Junta de esta provincia, el que se le comunicará por el Poder Ejecutivo, y será del cuidado de la Legislatura su revisión para su observancia en lo sucesivo.

Artículo 34. El Cuerpo Legislativo tendrá presentes entre las muchas reformas que exigen los abusos del foro, la multiplicidad innecesaria de jueces, el estilo arbitrario de cortar las causas y pronunciar las sentencias, la práctica opresiva de no oír la voz de los litigantes, la costumbre de abatir el eco de la justicia con cláusulas vanas como son las suplicatorias, y de captar la venia, para que discurriendo la Legislatura por todos estos ramos y los demás relativos a la administración de justicia, los Tribunales la ejerzan con dignidad, los subalternos no la profanen con sus manejos, y los ciudadanos la obtengan con prontitud e imparcialidad.

Artículo 35. Se confirma y ratifica la abolición de la tortura, ya decretada por la Suprema Junta de esta provincia, y ninguna autoridad, por eminente que sea, podrá jamás hacer uso de la cuestión de tormento, aunque el delito sea de los más atroces.

Artículo 36. Para la recta administración de la justicia pueden los tribunales coartar la libertad del ciudadano de tres modos, a saber: por prisión, encerrando la persona en las casas públicas destinadas para este efecto, y conocidas con el nombre de cárceles; por arresto, previniendo a la persona se mantenga en la casa de su domicilio a disposición del juzgado o tribunal que dicta la providencia; y últimamente, por arraigo, mandando se mantenga la persona en el poblado de su residencia, o en caso necesario, confinada en otro poblado a la orden del juzgado o tribunal que la arraiga.

Artículo 37. Ninguna persona de cualquier clase, estado y condición que sea, podrá ser aprehendida por ninguna autoridad ni fuerza militar, sino para presentarla al tribunal competente; y nadie puede arrestar o poner en prisión sin mandato formal de juez competente, dado por escrito.

Artículo 38. La prisión no tendrá lugar en las causas civiles sino cuando el deudor de mayor cuantía no dé fianza, siendo además sospechoso de fuga, ni en las criminales, sino por los delitos de gravedad, habiendo prueba verdaderamente semiplena.

Artículo 39. El arresto tendrá lugar en las causas civiles, siendo el deudor de menor cuantía sospechoso de fuga, y en las criminales habiendo indicios o presunciones vehementes que no se confundan jamás con las meras sospechas.

Artículo 40. El arraigo podrá hacerse en las causas civiles mientras el demandado no sustituye otro en su lugar para la contestación de la demanda, cuando con efugios trate de eludirla, y en las criminales, habiendo indicios o presunciones de menor entidad que aquellas de que habla el artículo precedente.

Artículo 41. La confinación se aplicará al caso en que prudentemente se prevea que la presencia del reo pueda impedir la averiguación del delito.

Artículo 42. Cualquiera persona o personas presas, arrestadas, arraigadas o confinadas por juez o tribunal competente con las formalidades necesarias, que quebranten la prisión, arresto, arraigo o confinación, son reos dignos de la pena que la ley asigne a los escaladores de cárceles.

Artículo 43. Ningún alcalde o carcelero podrá recibir en las cárceles o prisiones públicas a ninguno, sin que previamente se le notifique y entregue el mandato judicial de prisión en que se halle expreso el motivo de ella.

Artículo 44. La privación de comunicación no tendrá lugar sino limitadamente por el tiempo que prescribe la ley para recibir la confesión, y durante ella, que no se podrá interrumpir con ningún motivo.

Artículo 45. Ninguna persona podrá ser presa en otro lugar sino en aquel que legal y públicamente está destinado para prisión, ni podrá tampoco ser detenida, presa, arrestada o arraigada, dando fianza de cárcel segura en los casos en que la ley permita este remedio.

Artículo 46. La disciplina militar y el particular compromiso de los soldados al sentar su plaza, exigen una excepción de los artículos desde el 36 hasta el presente, quedando en su fuerza y vigor la Ordenanza militar que rige.

Artículo 47. La habitación de todo ciudadano, sea del estado, clase o condición que fuere, es un asilo inviolable por la noche. Ningún juez o tribunal tiene facultad de allanarla para entrar en ella sino en el caso de oír adentro voces pidiendo socorro, o de haber mandato judicial formal y por escrito en que se exprese el motivo necesariamente del Estado del allanamiento; y el juez comisionado por ningún caso podrá excederse del objeto de este motivo.

Artículo 48. Ningún juez o tribunal tiene facultad de oír demandas fuera de su juzgado o tribunal; puede sí ejercitar en todas partes justicia a efecto de contener delitos o aprehender delincuentes, y para este caso, quedan en su fuerza y vigor las rondas nocturnas, pero restringidas con lo dispuesto en el artículo 47.

Artículo 49. El Poder Legislativo tomará en consideración la materia de fueros para arreglar sus límites, y que estas prerrogativas miren más bien a los negocios que a las profesiones, sin perjuicio de la inviolabilidad declarada a los miembros de la Representación Nacional.

Artículo 50. Los tribunales superiores de la provincia que-darán renovados cada cinco años, sorteándose alternativamente tres individuos en uno y dos en otro, para que al

tiempo señalado se verifique la renovación de su número total; y aunque tendrá lugar la primera reelección, no la segunda, sin que hayan mediado tres años de intervalo.

Artículo 51. Para ser miembro del Poder Judicial, además de la edad de veinticinco años y las cualidades de vecindad, crédito y buena opinión, deberán tener la de abogados recibidos o incorporados en los tribunales de la provincia.

Artículo 52. Para fiscales son necesarios los mismos requisitos, y que su elección se haga como las demás de la Representación Nacional, pues que son miembros de ella en igualdad con los otros de su corporación.

§ 3º -Jueces subalternos y municipalidades

Artículo 53. Por ahora se observará el Reglamento de Tribunales y Juzgados hecho de orden de la Suprema Junta de esta provincia, y aprobado por ella, cuya revisión corresponde al Cuerpo Legislativo, para explicar, añadir o quitar lo que estime oportuno.

Artículo 54. Las municipalidades de los pueblos tendrán la debida dependencia de los cabildos de sus cabeceras, y éstos del Gobierno y tribunales de la capital; pero al tiempo de las elecciones y la posesión de los alcaldes ordinarios, pedáneos y oficios concejiles no se les gravará con exacción alguna, si no es la que precisamente corresponde al importe de papel y amanuense de los despachos o documentos que se libren a su favor para hacer constar la autoridad que se les confiere o el empleo a que son destinados.

TÍTULO VIII

DE LAS ELECCIONES

1º -Elecciones primarias, parroquiales o de apoderados

Artículo 1. El alcalde de cada parroquia de las comprendidas en esta provincia convocará todos los años, desde el presente de 1811, para el día 3 de noviembre, a todos sus parroquianos, para el nombramiento de electores de la parroquia.

Artículo 2. Para este día tendrá formado, de acuerdo con el Cura, un padrón exacto de todos los parroquianos, con expresión de su sexo, estado, edad, calidad, género de vida u ocupación; de los que sean padres o cabezas de familia, y de los esclavos, todo con la mayor claridad y distinción posibles.

Artículo 3. Reunidos todos los parroquianos el día 3 de noviembre en la casa del juzgado, si la -hubiere en el pueblo, o si no en la del mismo alcalde, con quien concurrirán el Cura y el sujeto que en el año anterior haya sido juez del lugar, si no son dos los alcaldes; y los tres unidos examinarán con la posible brevedad y diligencia los que sean varones libres, mayores de veinticinco años, padres o cabezas de familia, que vivan de sus rentas u ocupación sin dependencia de otro, que no tengan causa criminal pendiente, que no hayan sufrido pena infamatoria, que no sean sordomudos, locos, dementes o mentecatos, deudores al Tesoro público, fallidos o alzados con la hacienda ajena; y los que resulten con aquellas calidades y sin estos defectos son los que deben sufragar en la elección primaria.

Artículo 4. Al efecto de facilitar el examen de que habla el artículo anterior, el alcalde leerá el padrón a los concurrentes haciéndoles las explicaciones necesarias para su inteligencia y para que cada uno pueda decir francamente cuanto sepa de los demás sobre las cualidades o los defectos expresados; haciéndoles entender, tanto el juez presidente como el párroco, la imparcialidad con que deben conducirse en negocio de tanta importancia.

Artículo 5. Calificados los sujetos que deben ser apoderados de la parroquia, se extenderá una lista de ellos, y concluida, concurrirán los que lo sean con el alcalde, el Cura y el asociado, a la iglesia, en donde se celebrará la misa del Espíritu Santo, después de la cual hará el párroco una exhortación enérgica en que recordando la estrecha obligación en que se halla todo hombre, de contribuir al bien y felicidad de la patria, recomendará con la mayor eficacia la madurez, discernimiento e imparcialidad con que deben proceder en la elección, porque del acierto en ella dependen todos los bienes a que se aspira; y al fin entonará el himno Veni Creator Spiritus.

Artículo 6. Concluida esta función religiosa, volverán a la misma casa de donde salieron, y sentados en la testera de la pieza más cómoda, el alcalde, que ocupará el centro, el Cura la derecha, y el asociado o segundo alcalde la izquierda, tomarán asiento los electores, formando dos alas, y desde luego procederán a nombrar uno de ellos que sabiendo leer y escribir, haga las funciones de secretario en aquél acto, siempre que no baya escribano en el lugar, pues si lo hay, todo deberá pasar por ante él.

Artículo 7. Antes de proceder a otra cosa, el alcalde extenderá una certificación relacionada de haberse verificado todo lo dispuesto en los precedentes artículos, desde la convocatoria hasta el nombramiento de secretario, o llamada del escribano, la cual, firmada por aquél con el Cura y asociado, será la cabeza del expediente de la elección primaria de la parroquia.

Artículo 8. En seguida abrirá el secretario o encabezará el acta en la forma siguiente: En la parroquia N., a tres de noviembre de (aquí se expresará el año), juntos en la casa del juzgado (o en la que sea) el alcalde D. N., el Cura D. N., y D. N., también alcalde o asociado con los electores calificados en la forma que consta en la precedente certificación, y son los que comprende la lista agregada, se procedió a elegir los apoderados parroquiales en los términos prescritos en el reglamento, etc. (Aquí se insertarán los votos de cada uno de los sujetos comprendidos en la lista, o lo que es lo mismo, se irá copiando la lista como vaya sufragando cada uno de los escritos en ella.)

Artículo 9. Por el padrón se hará la suma total de los parroquianos para nombrar un apoderado por cada quinientas almas, y así se fijará el número que se haya de elegir, el cual se expresará a los electores.

Artículo 10. Si hubiere sobre quinientos, mil, o mil quinientos, un número excedente que llegue a doscientos cincuenta, se elegirá también por éste un apoderado; y lo mismo se hará si toda la población no llega a quinientos feligreses, pues ninguna ha de dejar de dar un apoderado.

Artículo 11. Ejecutado todo lo prescrito anteriormente, el alcalde recibirá juramento a los que han de votar, en esta forma: ¿Juráis a Dios por esta señal de la cruz y los Santos Evangelios que tocáis, proceder en la presente elección con imparcialidad y desinterés, sin conducirlos por odio ni amor, mirando solamente al bien general, sufragando por las personas más honradas, de más probidad y discernimiento para conocer a los hombres, sin que os muevan las recomendaciones o sugerencias de otros, ni mira alguna de ambición o colusión? A que todos responderán:

sí juro. El presidente añadirá: si así lo hiciéreis, Dios os ayudará y protegerá nuestra causa, y si no, os lo demandará; y todos responderán: Amén.

Artículo 12. Inmediatamente, por el orden en que están escritos en la lista los nombres de los que han de votar, se irá acercando cada uno a la mesa, y en seguida del suyo, en el mismo renglón, escribirá el de la persona por quien vota. Si alguno no supiere escribir, lo hará por él el secretario; en el primer caso el sufragante, a continuación de su nombre escribirá estas palabras: voto por N., y en el segundo el secretario escribirá estas: “vota por N. “

Artículo 13. Escrito el voto de cada uno, lo leerá el secretario en alta voz.

Artículo 14. Concluida la votación, leerá el mismo secretario en voz alta y pausada, que puedan oír los concurrentes, todos los nombres y votos.

Artículo 15. Si fuere más de uno el apoderado que haya de dar la parroquia, se repite el acto tantas veces cuantos hayan de ser los apoderados, y todas las listas las firmarán el Alcalde, el Cura y los asociados, y las autorizará el secretario; pues todas ellas se han de unir al expediente de la elección primaria.

Artículo 16. Para que se entienda legítima la elección debe concurrir en la persona que tenga más votos la pluralidad absoluta, esto es, uno sobre la mitad de todos los sufragios.

Artículo 17. Si en ninguno concudiese esta pluralidad, se hará ver que no hay elección, y se propondrá a todos si aprueban la que está hecha con la pluralidad relativa, o si quieren votar de nuevo; en el primer caso, si la mayor parte de los sufragantes aprueba la elección, se extenderá por el secretario una diligencia que lo acredite; y en el segundo se sacarán los tres sujetos que tengan más votos, con tal que ninguno tenga menos de la tercera parte, y se repetirá la elección entre los tres precisamente, sin poderse sufragar por otro; y si ninguno tuviere a su favor la tercera parte, se hará de nuevo la elección.

Artículo 18. Si los votos para dos fueren iguales, sin llegar a completar más de la mitad, porque otros hubieren sufragado por el tercero, se sacará el de menos sufragios de los tres, y se repetirá la elección entre los dos, como se ha dicho en el artículo anterior.

Artículo 19. Si los votos se dividen con igualdad entre los dos, decidirá la suerte, escribiendo los nombres en dos cédulas, que bien dobladas se meterán en un vaso, de donde se sacarán por un niño tierno, y leerán en alta voz; y el sujeto que esté escrito en la que salió primero será el elegido.

Artículo 20. Lo mismo se repetirá en cada elección, si ocurriere el caso supuesto, hasta completar la de los dos o tres sujetos que deban ser apoderados por cada parroquia.

Artículo 21. En estos casos, como ocurran, se sacará copia de la lista, y serán tantas cuantas operaciones hayan de practicarse. Todas se leerán y firmarán como va dispuesto, y todas se unirán al expediente.

Artículo 22. Concluido todo, se publicará el nombre de la persona o personas elegidas como apoderados por la parroquia, y debiendo estar presentes, porque debe o deben ser necesariamente parroquianos, se les recibirá el mismo juramento del artículo 11.

Artículo 23. El acta contendrá todo lo que va dicho, sin omitir cosa alguna, y se cerrará firmándola con el Alcalde, el Cura y asociado, todos los que hayan sufragado; y se unirá también al expediente, como que debe quedar archivado original.

Artículo 24. Inmediatamente se extenderá el poder, que otorgarán los sufragantes por ante el secretario o escribano, a los que hayan sido elegidos especial para ir a La cabeza del partido a sufragar en nombre y como representantes de la parroquia.

Artículo 25. Luego se compulsará testimonio del expediente íntegro, el cual, con copias del poder y del padrón, se entregará a los apoderados, para que con todos concurran a la cabeza del partido el día veinticuatro de noviembre, según se les hará entender por el alcalde.

Artículo 26. Las elecciones parroquiales o de apoderados se harán entre los presentes, de manera que recayendo sobre alguno o algunos de los mismos que de cierto se sepa hallarse a corta distancia, no pueda menos que saberse también pronta y fácilmente si el apoderado está en el caso de aceptar y desempeñar el encargo, para que de no estarlo, se proceda con brevedad a nueva elección, bajo el concepto de que los que se hallaren ausentes al tiempo de las elecciones, no tendrán derecho de reclamar nada por aquella vez.

Artículo 27. Si alguno de los apoderados se excusare de admitir el encargo, lo que no se admitirá sino con causa muy grave y calificada, en su lugar se elegirá otro en la misma forma.

Artículo 28. En las parroquias de esta capital y en las de las villas o pueblos, cabezas de partido, se hará igual elección de apoderados, siendo los encargados de lo dispuesto el alcalde-comisario del barrio, un Regidor nombrado por el Ayuntamiento, y el Párroco respectivo con un escribano real, que hará las funciones de secretario.

§ 2º- Elecciones secundarias o de partido

Artículo 29. El día veinticuatro de noviembre deben estar los apoderados de todas las parroquias del partido en el pueblo de su cabecera, en donde inmediatamente se presentarán al Corregidor, si lo hubiere, y si no al Alcalde de primera nominación, a quien exhibirán todos los testimonios, padrones y poderes que se les entregaron en las respectivas parroquias.

Artículo 30. Inmediatamente el Corregidor o el Alcalde de primera nominación, asociado uno u otro de dos regidores nombrados por el Ayuntamiento, si lo hubiere, y no habiéndolo, los dos alcaldes con el que lo hubiere sido de primera nominación en el año anterior, o el Alcalde, si no hay más que uno, con los que lo hubieren sido en los dos últimos años, con el escribano, si lo hubiere en el lugar, o con un sujeto que sepa leer y escri-

bir, elegido de acuerdo por los tres para que haga en el acto las funciones de secretario, entrarán en el examen de la legitimidad de los documentos presentados; estándolo, certificará el escribano o secretario lo hecho en su razón, y al final serán convocados por el que preside para que el día veintiséis concurren todos a la casa del Ayuntamiento, o del Juzgado, o a la suya, o a la que se destine.

Artículo 31. El día veintiséis de noviembre concurrirán todos al lugar citado, en donde en vista de los padrones de todas las parroquias, se hará la suma de la población de todo el partido para proceder a elegir un sujeto por cada cinco mil almas para que vengan a la capital a las últimas elecciones, y haciendo constar a los apoderados de las parroquias el total de la población, se les dirá cuántos son los sujetos que deben elegir por el partido.

Artículo 32. Si resultare un número excedente que alcance a dos mil quinientos, se elegirá un elector más de los que corresponden por cada cinco mil.

Artículo 33. Luego irán a la iglesia los encargados de las operaciones anteriores con todos los apoderados parroquiales, y en ella se hará cuanto se ha dispuesto en el artículo 5.

Artículo 34. Concluido este acto religioso, se restituirán todos a la casa que se ha dicho, en donde, colocándose en los asientos en la forma dada en el artículo 6, se procederá al juramento que se prescribe en el artículo 11 y a la elección en los mismos términos que se previene para las parroquiales.

Artículo 35. Verificadas las elecciones, se publicarán, y a los electos que estuvieren presentes se les entregará testimonio del expediente (que se formará lo mismo que va dispuesto para las parroquias), copia autorizada de los padrones y del poder que se les otorgará por los apoderados en la misma forma que se ha prevenido para el de éstos, y cumpliendo con la acción de gracias, se hará saber a los elegidos que deben entrar en esta capital precisamente el día nueve de diciembre, para hacer las últimas elecciones el veintitrés.

Artículo 36. En las elecciones que hagan los apoderados en la cabeza del partido para el elector que haya de venir a la capital, podrán dar libremente sus votos, no sólo por los habitantes del partido mismo, sino por cualquier otro vecino de la provincia, con tal que actualmente resida en ella, o a tan corta distancia, que pueda concurrir con oportunidad.

Artículo 37. Los documentos que lleven los apoderados de las parroquias, y cuanto se actuare en las cabezas del partido, se archivará allí.

Artículo 38. Si alguno de los elegidos se excusare con justa y calificada causa, estando presente, se procederá a nombrar otro en su lugar en la forma dicha, y si estando ausente lo hiciere después en esta capital, por las listas se reconocerá el que tuvo más votos después de los electos, y éste vendrá como suplente o sustituto.

Artículo 39. Los elegidos por las parroquias de la capital se presentarán al Corregidor, si lo hubiere, y si no al Alcalde ordinario de primera nominación, con todos los documentos que deben llevar a la cabeza del partido los apoderados de las parroquias, y el

Corregidor con dos regidores nombrados por el Ayuntamiento, y el secretario de él procederá a cuanto se previene para las cabezas de partido.

Artículo 40. La falta voluntaria o involuntaria de alguno o algunos de los apoderados no embarazará la elección, y los que no concurrieren el día señalado carecerán de todo derecho para reclamarla, siempre que ella se haga en concurso de las dos terceras partes.

§ 3º- Del Colegio Electoral

Artículo 41. El día nueve de diciembre estarán en esta capital todos los electores de partido, se presentarán al Presidente de la Provincia y le exhibirán todos los documentos que deben traer de sus partidos.

Artículo 42. El Presidente remitirá estos documentos al Senado, quien, hecha la calificación y dada su aprobación, los devolverá al Presidente para que proceda a lo demás que le corresponde.

Artículo 43. Este, seguidamente, reunirá todos los padrones de los partidos, y haciendo la suma total de la población, la comunicará al Colegio Electoral para que por ella se regule el número de los individuos del Cuerpo Legislativo, en razón de un representante por cada diez mil almas.

Artículo 44. Si sobre esta base hubiere un exceso de cinco mil, se deberá elegir un representante más para la Legislatura.

Artículo 45. El día veintitrés de diciembre se reunirán en la Sala del Cuerpo Legislativo todos los electores con el Presidente de la Provincia y el Secretario del Despacho de Gracia y Justicia. El presidente les hará notoria la población total, y de consiguiente el número de representantes que deben elegir para el Cuerpo Legislativo; exhortándoles a que pongan los ojos en las personas de más probidad y luces, más desinteresadas, menos ambiciosas y más capaces de hacer la felicidad de la provincia.

Artículo 46. Lo mismo se hará cuando hayan de hacerse las demás elecciones de presidente, vicepresidente, senadores ministros de los tribunales, etc.

Artículo 47. Reunidos los electores, harán el correspondiente juramento, que recibirá el presidente por ante el secretario de Gracia y Justicia; y hecha la instalación del Colegio Electoral, retirándose de allí el Presidente del Estado, nombrarán un presidente del Cuerpo mismo, para su interior organización, a cuya consecuencia concurrirán a la misa que se celebrará a puerta abierta en el oratorio de palacio, concluyendo con el himno *Veni Creatori* las preces oportunas para implorar la asistencia divina; después de lo cual el sacerdote celebrante, u otro que quiera emplearse en esta obra digna de su ministerio, hará una corta exhortación en orden al objeto de las elecciones, para las que se restituirán a la Sala, donde sentado el presidente a la testera, se colocarán los demás en dos alas.

Artículo 48. Inmediatamente se dará principio a la votación por la derecha del presidente, y continuará después por la izquierda.

Artículo 49. Todas las elecciones del Colegio Electoral se harán por votos públicos y escritos en cédulas que se irán recogiendo en un vaso de tamaño proporcionado, y firmada cada una por el elector que sufra.

Artículo 50. Las elecciones se ejecutarán en actos separados y sucesivos, por el orden que sigue: primera, la del presidente; segunda, la del vicepresidente; tercera, la de los consejeros, de cuya antigüedad decidirá después la suerte, en caso de no ser uno solo el que se haya de elegir, según las salidas y reemplazos que prescribe la Constitución; cuarta, la de los senadores; quinta, la de los miembros de la Legislatura; y sexta, la de los del Poder Judicial, con distinción de las salas o tribunales a que corresponden.

Artículo 51. Antes de recoger los votos se cuentan los electores, y después de recogidos aquéllos, y antes de hacer el escrutinio, se cuentan también, y no se abrirán hasta que sea constante la igualdad de los votos y de los electores.

Artículo 52. El primer escrutinio de todos es el de presidente, y antes de recoger los votos ha de expresar el que lo sea que se va a votar para presidente; y desde luego el secretario encabezará el acta correspondiente, y por separado preparará un pliego de papel en que han de ir numerándose los votos con esta inscripción: Escrutinio de los votos para presidente.

Artículo 53. Recogidos todos, abiertos por el presidente, que irá leyendo uno por uno en alta voz, los irá numerando el secretario en el papel prevenido, y concluido el escrutinio, sumando los votos que se hayan dado por diferentes personas, después de una breve revisión del presidente, lo leerá en alta voz el secretario.

Artículo 54. Ninguno puede ser legítimamente elegido que no tenga a su favor más de la mitad de los sufragios de todos los electores.

Artículo 55. Si en ninguno recae esta pluralidad absoluta, se declara por el Presidente que no hay elección.

Artículo 56. Si en tal caso resultaren dos o tres personas, cada una con un tercio de todos los sufragios, se procederá a elegir de nuevo uno de los dos o tres que tengan el tercio, sin que se pueda sufragar por otro.

Artículo 57. En el caso de estar divididos por partes iguales los votos, el Colegio discutirá y resolverá si con sólo este acto se haya de proceder a sorteo, o si conviene rectificar la elección con segundo escrutinio. Pero si verificado éste, aún resulta la misma igualdad, se ocurrirá entonces al sorteo, escribiendo los nombres en dos cédulas, las que colocadas y confundidas en un vaso o cajilla, se extraerá la una por mano de un niño inocente; y aquel cuya cédula saliere se tendrá por electo.

Artículo 58. Si a favor de ninguno hubiere el tercio de votos, o éste recayere en uno solo, declarando que no hay elección, el Presidente exhortará a los vocales a que se contraigan a las personas que hubiesen tenido más sufragios, y se procederá a votar de nuevo hasta que, o recaiga en uno la pluralidad absoluta, o llegue el caso de la suerte, como en el artículo 57.

Artículo 59. Concluida la elección de Presidente, se procederá a la de Vicepresidente en los mismos términos que a la de aquél.

Artículo 60. Cuando de la votación para Vicepresidente resulte que la totalidad de votos se divide por partes iguales entre dos, se repetirá lo prevenido en el artículo 57.

Artículo 61. Inmediatamente se procederá a la elección de consejeros, guardando las reglas prescritas.

Artículo 62. Para la elección de representantes en el Cuerpo Legislativo, cada elector escribirá en una cédula los nombres de tantas personas cuantos deban ser individuos de dicho Cuerpo, y todos los que resulten con más de la mitad de los votos del total de los electores serán los elegidos; si dos o más tuvieren la mitad, se hará lo prevenido en el artículo 57, y el nombre del que salga a la suerte se tendrá por elegido; y en el caso de que falten uno o más para completar el número de los que han de componer el Cuerpo Legislativo, se procederá a elegirlos precisamente de entre los que hayan tenido en los escrutinios anteriores la mitad o un tercio de todos los votos; pero si todavía faltasen algunos por elegir, y ninguno hubiese con la mitad o el tercio de todos los votos, se hará un nuevo escrutinio, guardando las reglas prevenidas.

Artículo 63. Los individuos del Senado y del Tribunal de apelaciones han de elegirse en los mismos términos y por las mismas reglas establecidas para la elección de los miembros del Cuerpo Legislativo.

Artículo 64. Concluidas todas las elecciones, se cierra el acta en que ha de constar cuanto ocurra; se une a la certificación que debe extender el secretario, relacionada desde la presentación de los electores al Gobierno, y exhibición de sus documentos, lo que con los padrones y escrutinios firmados por el Presidente y secretario, se archivará en la Secretaría de Gracia y Justicia.

Artículo 65. Luego que, verificadas las elecciones el Colegio Electoral hubiere calificado las renunciaciones y hecho los reemplazos de los que se tuvieren por legítimamente excusados, se publicarán las elecciones en impreso, para -que cuanto antes se hagan notorias en la provincia, sin embargo de que el Gobierno debe comunicarlas de oficio a todos los partidos, para que por el jefe de cada uno se comunique a los pueblos de su comprensión.

Artículo 66. Cuanto antes se dará aviso por el secretario de Gracia y Justicia a las personas elegidas para los diferentes destinos, previniéndoles comparezcan el día primero de enero a las nueve de la mañana en la Sala del Cuerpo Legislativo, para jurar y tomar posesión de sus destinos.

Artículo 67. Reunidos el día primero de enero a la hora y en el lugar prevenido todos los funcionarios elegidos, el Presidente recibirá juramento individualmente a cada uno de ellos en la forma prevenida en la Constitución, y desde luego quedan posesionados y expiran las facultades de los antecesores.

Artículo 68. El Colegio Electoral subsistirá todavía hasta el día ocho de enero, a efecto de elegir otros individuos en el caso que algunos se excusaren, y se hayan declarado justamente excusados. El día ocho de enero se disuelve el Colegio, y ya no puede oír excusa ninguna. Las renunciaciones hechas después de disuelto el Colegio Electoral se han de oír y calificar por el Senado, y en caso de ser efectivas, se considerarán como vacantes de' entre año, para que se provean por quien corresponda, con arreglo a la constitución.

§ 4º - Elección de representantes de la provincia

Artículo 69. Al Colegio Electoral corresponde la elección de representante o representantes y suplentes de la provincia para el Congreso General del Reino.

Artículo 70. El representante o representantes y suplentes de la provincia durarán tres años en este ministerio.

Artículo 71. Al tiempo de concluirse los tres años, y para formarse el Colegio Electoral, los pueblos y sus apoderados procederán en este concepto, y sus poderes se extenderán sobre los demás objetos al de la elección de representante o representantes y suplentes de la provincia para el Congreso del Reino.

Artículo 72. El Diputado Representante de la Provincia recibirá los poderes del Colegio Electoral.

Artículo 73. El Gobierno de la provincia cuidará de comunicarle algunos ejemplares de la Constitución, para que la tenga presente como base de cuantas instrucciones puedan comunicársele.

Artículo 74. En las elecciones de representante o representantes y suplentes de la provincia observará el Colegio Electoral las reglas prescritas para las de los miembros de la Representación Nacional.

Artículo 75. El representante o los representantes y suplentes de la provincia para el Congreso General del Reino harán por lo que toca a la provincia, el juramento de cumplir con los deberes de su representación, ante el Presidente de la Provincia.

TÍTULO IX

DE LA FUERZA ARMADA

Artículo 1. El objeto de la fuerza armada es el de defender al Estado de todo ataque y toda irrupción enemiga, evitar conmociones y desórdenes en lo interior, y celar el cumplimiento de las leyes.

Artículo 2. Por tanto, todo ciudadano es soldado nato de la patria mientras que sea capaz de llevar las armas, sin distinción de clase, estado o condición; y nadie puede eximirse del servicio militar en las graves urgencias del Estado cuando peligra la patria.

Artículo 3. En este caso, todo hombre, sin distinción de clase, estado o condición, está obligado, no sólo a militar, sino a vestirse, armarse y mantenerse a su costa, y el Estado cuidará de socorrer a aquellos que indispensablemente necesiten auxilios. Este estado de armamento general se llama leva en masa de la nación.

Artículo 4. Para los casos comunes y la policía interior tendrá la provincia un número de tropas veteranas proporcional a su población y a los ingresos del Erario público; y para reforzar en tiempo de guerra estos cuerpos veteranos habrá un número competente, y también proporcional, de tropas de milicias.

Artículo 5. Para reponer y completar tanto las tropas veteranas como las milicias, se deroga perpetuamente el arbitrio del enganchamiento, y en su lugar sólo quedará el de las quintas, en que cada población contribuirá con el número de tropas que proporcio-

nalmente le toquen. Cualquiera persona que voluntariamente quiera servicio, se le dará sin premio ni gratificación alguna de enganchamiento.

Artículo 6. Todo hombre que ha militado diez años en tiempo de paz y seis en el de guerra ha cumplido su servicio, y sólo en extrema necesidad podrá ser obligado nuevamente a tomar las armas mientras dure la urgencia.

Artículo 7. Ningún ciudadano podrá gozar de los derechos de tal si no acredita estar alistado en la leva general del distrito de su domicilio.

Artículo 8. Para el sorteo de la quinta se formará un reglamento en que se exprese la forma y el modo de hacerse este sorteo; en el orden que deban entrar -todos los ciudadanos en él, según su edad, estado y condición, y la proporción en que cada poblado debe dar su contingente.

Artículo 9. La fuerza armada es esencialmente obediente, y por ningún caso tiene derecho de deliberar, sino que siempre debe estar sumisa a las órdenes de sus jefes.

Artículo 10. Para evitar que estos jefes abusen de su autoridad en perjuicio de los derechos del pueblo y en trastorno del Gobierno, se dividirán, tanto las tropas de milicias como las veteranas, en muchas porciones, independientes unas de otras, y cuyo número sea proporcional a la totalidad de la fuerza armada.

Artículo 11. Para el mismo efecto se prohíbe absolutamente y sin la menor dispensa, el que la totalidad de la fuerza armada de la provincia se ponga a las órdenes de un solo hombre, sea el que fuere, ni aun con el pretexto de ser un gran General, pues en caso de guerra se formarán Cuerpos de ejércitos independientes unos de otros, y la dirección de su totalidad estará al cuidado del Gobierno por medio de una comisión militar, y así, la alta dirección de las armas pertenece al Gobierno y el mando inmediato de las tropas de guarnición o acuarteladas dentro de la ciudad y sus arrabales, al Comandante de las armas de ella, como a cada jefe en su respectivo departamento.

Artículo 12. Desde ahora se formará esta comisión militar compuesta de los oficiales más inteligentes que hubiere, sean del grado que fueren, para que trabajen el plan de defensa de la provincia, y en vista de él formen el definitivo reglamento y pie de fuerza en que deban quedar tanto las tropas veteranas como las milicias, economizando todo lo posible en las plazas de oficiales que sean innecesarias, y proporcionando los sueldos de las tropas al jornal usual que ganan en esta provincia los labradores y artesanos, sujeto todo a la aprobación del Poder Legislativo.

Artículo 13. Las tropas veteranas en tiempo de paz no podrán estar acantonadas en un solo punto, y para que no se enerven con la ociosidad después de dejar en las poblaciones principales el número de tropas que se considere bastante para conservar su orden y policía, el resto podrá aplicarse en trabajos vigorosos y útiles que les conserven la salud, quedando sus rebajas a beneficio del Tesoro público, y turnando en sus destinos la guarnición y los trabajadores.

Artículo 14. Las tropas quedan sujetas a la ordenanza militar, que tendrá toda su fuerza y vigor, en todo lo que no se reforme por la comisión militar y que no contraríe a este

Título de la Constitución. Ninguna tropa extraña podrá transitar por el territorio de esta provincia, ni mucho menos acamparse o acantonarse en ella, sin previo expreso consentimiento del Senado y pasaporte formal del Poder Ejecutivo, en que se haga expresa mención de dicho consentimiento y del número de tropas que deben transitar, acantonarse o acamparse.

TÍTULO X

DEL TESORO NACIONAL

Artículo 1. Todo ciudadano tiene obligación de contribuir para el culto divino y la subsistencia para los Ministros del Santuario; para los gastos del Estado, la defensa y seguridad de la patria, el decoro y la permanencia de su Gobierno, la administración de justicia y la Representación Nacional.

Artículo 2. Por ahora subsistirán los impuestos, las contribuciones, la custodia y la administración de los caudales del Erario público, según el pie en que actualmente se hallan.

Artículo 3. El Cuerpo Legislativo entre sus primeros cuidados tendrá en consideración la materia de impuestos y contribuciones, y el arreglo general del Tesoro público de la provincia, para simplificar su cobranza y administración, trabajando principalmente en conciliar la riqueza del Estado con el mayor alivio de los pueblos.

Artículo 4. Al fin de cada año se ha de publicar y circular por toda la provincia, impreso, un estado fidedigno, que con sencillez y claridad, manifieste el de los fondos del Erario, entradas que hubiese tenido, objetos de su inversión y existencias que quedan para el siguiente.

Artículo 5. No subsistiendo ya reunidos los caudales que componían el Tesoro público, no se considerará éste responsable a las dotaciones de los empleados que entendían en la administración general del Erario de todo el Reino, ni respecto de otras cargas públicas de igual naturaleza, sino a prorrata de los ingresos del de esta provincia.

TÍTULO XI

DE LA INSTRUCCIÓN PÚBLICA

Artículo 1. Las primeras ideas que se imprimen al hombre en su niñez y la educación que recibe en su juventud, no sólo son las bases de la buena o mala suerte que haya de correr en el discurso de su vida, sino las que aseguran todas las ventajas o desventajas a favor o en perjuicio de la sociedad, las que dan a ésta ciudadanos robustos e ilustrados, o la plagan de miembros corrompidos y perjudiciales. El Cuerpo Legislativo tendrá en mucha consideración y el Gobierno promoverá con el mayor esmero los establecimientos que miran a esta parte importantísima de la felicidad del Estado.

Artículo 2. En todos los poblados deberán establecerse escuelas de primeras letras y dibujo, dotadas competentemente de los fondos a que corresponda, con separación de los dos sexos.

Artículo 3. Los objetos de la enseñanza de estas escuelas serán leer, escribir, dibujar, los primeros elementos de la geometría, y antes que todo, la Doctrina Cristiana y las obligaciones y los derechos del ciudadano, conforme a la Constitución.

Artículo 4. Deberá establecerse cuanto antes en la capital una Sociedad patriótica, así para promover y fomentar estos establecimientos en ella y en toda la provincia, como para hacer otro tanto en razón de los ramos de ciencias, agricultura, industria, oficios, fábricas, artes, comercio, etc.

Artículo 5. Entre los demás establecimientos, se tendrá presente el de la Expedición Botánica, para extenderlo, además de los trabajos en que hasta ahora se hubiese empleado, a la enseñanza de las ciencias naturales, bajo la inspección de la Sociedad patriótica.

Artículo 6. Será permitido a cualquier ciudadano abrir escuela de enseñanza pública sujetándose al examen del Gobierno, con la calidad de obtener su permiso y estar bajo la inspección de la Sociedad patriótica en sus respectivos ramos.

Artículo 7. El Gobierno cuidará de arreglar del mejor modo posible la biblioteca pública, para conservarla, aumentarla y mejorarla, como un auxilio para la instrucción de los ciudadanos.

Artículo 8. Los colegios y la Universidad quedan bajo la inspección y protección del Gobierno, y con establecimientos de la instrucción pública se harán en ellos las reformas y mejoras que se tengan por convenientes.

Artículo 9. Los colegios de los regulares serán mirados con la misma consideración, ajustándose a los planes de la Universidad pública y los colegios seculares, para lo que se procederá de acuerdo con sus respectivos prelados.

TITULO XII

I) LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

Artículo 1. Los derechos del hombre en sociedad son la igualdad y libertad legales, la seguridad y la propiedad.

Artículo 2. La libertad ha sido concedida al hombre, no para obrar indistintamente el bien o el mal, sino para obrar el bien por elección.

Artículo 3. La libertad es la facultad que el hombre tiene de hacer todo lo que no sea en daño de tercero o en perjuicio de la sociedad.

Artículo 4. El uso de la libertad está ceñido necesariamente a este principio inspirado por la naturaleza, sancionado por la ley y consagrado por la religión: No hagas a Otro lo que no quieres que se haga contigo.

Artículo 5. La ley es la voluntad general explicada libremente por los votos del pueblo en su mayor número, o por medio de sus representantes legítimamente constituidos.

Artículo 6. La igualdad consiste en que siendo la ley una misma para todos, todos son iguales delante de la ley.

Artículo 7. Nadie puede tener libertad, igualdad, seguridad y propiedad en sí mismo, si no respeta la de los demás.

Artículo 8. La seguridad dimana principalmente de este respeto con que los ciudadanos se la garanticen unos a otros, teniendo cada uno igual derecho a la protección que debe dispensarle la sociedad para su conservación.

Artículo 9. El derecho de propiedad consiste en la facultad que tiene el ciudadano de gozar y disponer libremente de sus bienes y rentas, y del fruto de su ingenio, trabajo e industria.

Artículo 10. Ninguno puede ser privado de la menor porción de sus bienes sin su consentimiento, sino en el caso de que la necesidad pública, legítimamente acreditada, así lo exija; pero aun entonces, es bajo la implícita condición de una justa y precisa indemnización.

Artículo 11. Tampoco puede ser privado del derecho de manifestar sus opiniones por medio de la imprenta, o de cualquiera otro modo que no le sea prohibido, en uso de su libertad y propiedad legal.

Artículo 12. Ninguna contribución puede establecerse sino para la utilidad general, y por lo mismo, todo ciudadano tiene derecho de concurrir a su establecimiento y a que se le dé noticia de su inversión.

Artículo 13. Todos los ciudadanos tienen igual derecho a concurrir directa o indirectamente a la formación de la ley y al nombramiento de sus representantes.

Artículo 14. Ninguno puede ser llamado a juicio, acusado, preso, arrestado, arraigado ni confinado, sino en los casos y bajo las formas prescritas por la Constitución o la ley.

Artículo 15. La soberanía reside esencialmente en la universalidad de los ciudadanos.

Artículo 16. No son ciudadanos ni gozan de estas consideraciones: los vagos, ni los que por sentencia dada con las formalidades necesarias, hayan sido arrojados del seno de la sociedad, ni los que siendo llamados al servicio de la Patria, se excusen sin legítimo impedimento.

TÍTULO XIII

DE LOS DEBERES DEL CIUDADANO

Artículo 1. La primera obligación del ciudadano mira a la conservación de la sociedad, y ésta exige que los que la componen conozcan y llenen respectivamente sus deberes.

Artículo 2. Estos están encerrados en la pureza de la Religión y de las costumbres, en la observancia de La Constitución y el sometimiento a las leyes.

Artículo 3. Es deber del ciudadano defender y servir a la sociedad, vivir sujeto a las leyes y respetar a los funcionarios públicos encargados mediata o inmediatamente de su establecimiento, ejecución y aplicación.

Artículo 4. No es buen ciudadano el que no es buen hijo, buen padre, buen hermano, buen amigo, buen esposo.

Artículo 5. No merece tampoco este nombre el que no observa religiosamente las leyes, el que por intrigas, cábalas y maquinaciones elude su cumplimiento, y el que sin justo motivo se excusa de servir a la Patria.

TÍTULO XIV

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Toda ley dictada en perjuicio de la libertad, propiedad y seguridad del ciudadano, cuya promulgación se haya hecho en fuerza de una imperiosa necesidad de circunstancias, es esencialmente provisional, y sus efectos no deben extenderse por más tiempo que el de un año.

Artículo 2. La ley supervigilará particularmente aquellas profesiones que interesan a las costumbres públicas, a la seguridad y sanidad de los ciudadanos.

Artículo 3. La ley debe fijar recompensa para los inventores, y velar en la conservación de la propiedad exclusiva por tiempo señalado de su descubrimiento o de sus producciones.

Artículo 4. La Constitución no solamente garantiza la inviolabilidad de todas las propiedades, sino también la justa indemnización de aquellas cuyo sacrificio pueda exigir la necesidad pública, legalmente manifestada.

Artículo 5. No podrán formarse corporaciones ni asociaciones contrarias a orden público; por lo mismo, ninguna junta particular de ciudadanos puede denominarse Sociedad popular.

Artículo 6. Ninguna asociación puede presentar colectivamente solicitudes, a excepción de las que forman cuerpo autorizado, y únicamente para objetos propios de sus atribuciones.

Artículo 7. Muchas autoridades constituidas no podrán jamás reunirse para deliberar juntas, sino en los casos prescritos por la Constitución o por la ley, y cualquier acto emanado sin estas circunstancias, será nulo, de ningún valor ni efecto.

Artículo 8. La reunión de gentes armadas, como un atentado contra La seguridad pública, será dispersada por la fuerza.

Artículo 9. La reunión de gentes sin armas será igualmente dispersada, primero por una orden verbal, y si no bastare, por la fuerza.

Artículo 10. Ningún ciudadano puede renunciar, en todo ni en parte, de a indemnidad, la distinción y el tratamiento que le corresponde por la ley en razón de funcionario público.

Artículo 11. Los ciudadanos tendrán siempre presente que de la prudencia y rectitud de las elecciones en las Asambleas primarias y electorales dependen principalísimamente la conservación, defensa y prosperidad de la Patria.

CONCLUSIÓN

La Representación Nacional, legalmente constituida y congregada en esta ciudad de Santafé de Bogotá, capital de la Provincia de Cundinamarca, habiendo precedido largas sesiones, muy controvertidas discusiones y las más detenidas reflexiones, sobre todos y cada uno de los artículos que comprende este pequeño Código de las primeras y fundamentales leyes de nuestra sociedad, las ha aprobado, y en uso de las amplias facultades que los pueblos han conferido al Colegio Constituyente y Electoral, le da toda la sanción, prescribiendo su observancia a los funcionarios públicos y a todos los ciudadanos estantes y habitantes en la provincia, mandando publicar, imprimir y circular esta Constitución, a fin de que nadie, a pretexto de ignorancia, o con ningún otro motivo, se pueda excusar de su cumplimiento.

¡Ciudadanos de la Provincia de Cundinamarca, ministros respetables del Santuario, padres de familia: véis aquí al americano por la primera vez en ejercicio de los derechos que la naturaleza, la razón y la religión le conceden, y de que los abusos de la tiranía le habían privado por espacio de tres siglos. No es esta la voz imperiosa del despotismo que viene del otro lado de los mares: es la de la voluntad de los pueblos de esta provincia, legítimamente representados. No es para vivir sin ley para lo que habéis conquistado vuestra libertad, sino para que la ley, hecha con vuestra aprobación, se ponga en lugar de la arbitrariedad y los caprichos de los hombres. Leedla, estudiadla, meditadla; y luego que en los corazones de vuestros parroquianos, de vuestros hijos y de vuestros domésticos se hayan profundamente grabado los santos misterios y las máximas del cristianismo, poned en sus manos este volumen, enseñadles a apreciar el dón que hemos adquirido, y hacedlos sensibles a los intereses de la libertad y felicidad de su patria!

Estableció, aprobó y sancionó esta Constitución el serenísimo Colegio Constituyente y Electoral de esta Provincia de Cundinamarca, y firman los representantes de los pueblos para su perpetua constancia, en esta ciudad de Santafé de Bogotá, su capital, a treinta de marzo de mil ochocientos once.

Como diputado de Bosa y Presidente del Colegio, Jorge Tadeo Lozano. Por la villa del Espinal y como Vicepresidente del Colegio, Fernando Caycedo. Por la parroquia del Sagrario de esta santa iglesia catedral, Camilo Torres. Por la misma, Manuel Camacho y Quesada. Por la parroquia de Las Nieves de esta capital, Santiago Torres y Peña. Por la misma, Francisco Morales. Por la parroquia de Santa Bárbara de esta capital, doctor Juan Gil Martínez Malo. Por la misma, Luis Eduardo de Azuola. Por la parroquia de San Victorino de esta capital, doctor Vicente de la Roche. Por la misma, Felipe Gregorio Alvarez del Pino. Por la villa y el partido de Zipaquirá, Enrique Umaña. Por la misma, José María Domínguez del Castillo. Por la misma, Bernardino Tobar. Por la misma, Domingo Camacho. Por la misma, José María del Castillo. Por la misma, Frutos Joaquín Gutiérrez. Por la villa y el partido de Uhaté, Fray Manuel Rojas. Por la misma, Luis Pajarito. Por la misma, José Tadeo Cabrera. Por la villa y el partido de Bogotá, José Gregorio Gutiérrez. Por la misma, Santiago Umaña. Por la misma, Isidro Bastidas. Por la villa y el partido de Chocontá, Juan Nepomuceno Silva y Otero. Por la misma, doctor Tomás de Rojas. Por la

misma, Fray Juan José Merchán, Provincial de San Juan de Dios. Por la misma, Francisco Javier Cuevas. Por la misma, José María Araos. Por la misma, José Cayetano González. Por el partido de Ubaque, Fray José de San Andrés Moya. Por el mismo, Matías Melo Pinzón. Por el mismo, Juan de Ronderos G rafaes. Por el partido de Bosa, Juan Agustín Chaves. Por la villa y el partido de Guaduas, Andrés Pérez. Por la misma, Manuel Francisco Samper. Por la ciudad de Tocaima, Juan Salvador Rodríguez de Lago. Por la misma y su partido, Miguel de Tobar. Por la villa y el partido de La Mesa, Joaquín Vargas y Vezga. Por la misma, José Antonio Olaya. Por la ciudad y el partido de Ibagué, Fray Juan Antonio de Buenaventura y Castillo, Maestro Prior de Predicadores. Por la misma, Juan Dionisio Gamba. Por la villa y el partido del Espinal, Juan Antonio García. Por la ciudad y el partido de La Palma, Bachiller José Ignacio de Vargas.

CAMILO TORRES, Secretario - FRUTOS JOAQUÍN GUTIÉRREZ, Secretario.

Es copia.

TORRES - GUTIÉRREZ

APÉNDICE

El Serenísimo Colegio Constituyente y Electoral de esta provincia, a propuesta de su Presidente, don Jorge Tadeo Lozano, en sesión del día veinte y seis de marzo próximo pasado dictó los decretos siguientes:

1° Un indulto para todas las personas presas, o detenidas en consecuencia o por motivo de la revolución, conciliado no obstante con la seguridad de la Patria, que alejará de su seno a los que la puedan ser perjudiciales, y oficiará con los gobiernos de las otras provincias respecto de aquellos individuos, cuyas causas tengan relación con ellos, nombrándose por el Gobierno una comisión que entienda particularmente en todo lo relativo a este decreto.

2° Un olvido por lo pasado en razón de aquellas personas que por sus opiniones políticas hayan parecido opuestas o menos adictas a la causa de nuestra transformación.

3° Reconocer por amigos a todos los que respetaren nuestra Constitución, y reconocieren nuestra independencia, admitiendo en nuestra sociedad a todas las naciones del mundo, y con preferencia a los hermanos de la América oprimida, y españoles europeos, para que encuentren un asilo en su desgracia, y nuestro suelo adquiera las ventajas de la industria, agricultura e ilustración en que vendrán a emplearse seguros de la hospitalidad y buena acogida que hallarán mientras vivan sometidos a la Constitución, y en todo cuanto sea compatible con la seguridad de esta provincia.

4° Que se excite por el Gobierno a las autoridades eclesiásticas para convocación y celebración del Sínodo, en conformidad de lo que dispone, con arreglo a los más antiguos cánones, el Santo Concilio de Trento, y recomienda la ley de Indias.

Lo que comunico a V. S. para que haciéndolo presente al Supremo Poder Ejecutivo, surta los efectos correspondientes a los buenos deseos con que el Serenísimo Colegio ha dictado estas saludables providencias.

Dios guarde a V. S. muchos años.

Santafé y cuatro de abril de mil ochocientos once.

FRUTOS JOAQUÍN GUTIÉRREZ

Señor Secretario de Estado y del Despacho universal de Gracia y Justicia don José Acevedo Gómez.

Debates

Yolanda Quesada Morillas

La Cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Passau organizó, los días 3 y 4 de septiembre de 2013, el Internationale Tagung sobre Rezeption des französischen Rechts in der europäischen Justizgeschichte des 19. Jahrhunderts, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Passau, bajo la dirección de la Catedrática de Historia del Derecho la Dra. Ulrike Müßig. En el encuentro han participado investigadores de las universidades alemanas de Berlín y Ratisbona, además de los de Passau; de la Suiza de San Galo; de la de Estonia de Tartu; y de las españolas de Elche, Granada y de Córdoba.

El Seminario se enmarca en el Proyecto de Investigación internacional Europäische Justizgeschichte im 19. Jahrhundert, centrado en el estudio comparado de la Administración de Justicia en la Europa decimonónica en su segunda fase, dedicada al estudio de determinadas instituciones procesales, ya iniciada con el encuentro celebrado en la Freie Universität Berlin en septiembre del 2011 versando el Seminario sobre El status del juez constitucional. Una visión comparada, abordando específicamente la figura del juez ordinario. Previamente, en su primera fase orientada a lograr un mejor conocimiento de la implantación de la Justicia liberal decimonónica en Europa, los encuentros se sucedieron en las Universidades de Granada (noviembre de 2009), Ratisbona (febrero 2010) y Miguel Hernández de Elche (mayo 2010) –publicados en 2010–.

En esta ocasión, el Seminario se va a centrar en la influencia del Derecho francés en los distintos ordenamientos europeos a la hora de configurar el Poder judicial.

El Internationale Tagung de Passau se inauguró con la ponencia del Dr. Ricardo Gómez Rivero quien, bajo el título “El acceso a la carrera judicial y la promoción de jueces y magistrados en España”, se centró en el análisis de la carrera judicial en la primera mitad del siglo XIX dividiéndola en dos periodos: la etapa absolutista (1800-1812/1841-1820/1823-1833) y los intermedios liberales. En primer lugar, señala la composición de los tribunales, organizados en cuatro instituciones: alcaldes ordinarios, corregidores, Audiencias y Chancillerías y Consejo Real, para después plantear los requisitos de acceso a la carrera judicial: factores físicos, como era edad, sexo, enfermedad, defecto físico, requisitos que venían dándose desde el siglo XVI, y algunos como los requisitos morales –buena fama, leal, – desde el siglo XIII. Además, también se debían dar factores jurídicos –incapacidad temporal o permanente– y técnicos. En cuanto al procedimiento para el nombramiento del juez, salvo el juez ordinario, señala que era una potestad del rey, una regalía derivada de su carácter de soberano, aunque debía consultar a la Cámara de Castilla, pero en la época absoluta no era requisito ni vinculante, por lo que era bastante obviada esta consulta por parte del rey. Sin embargo, en el período liberal, si era necesaria la consulta por parte del Rey al Consejo de Estado, lo hace en lo que se llama el despacho,

con los ministros de gracia. En el segundo período liberal (agosto 1836- junio 1837) será la reina regente quien nombre a los jueces y magistrados pero no hay Consejo de Estado.

En 1837 se promulga una constitución de tipo progresista y en 1845 otra de carácter moderado, pero la administración de justicia no sufrirá modificación alguna. Se darán varios decretos señalando el acceso al cargo y de promoción (Decreto de 28 de diciembre de 1838) y otro de provisión y promoción de plazas de magistratura, judicatura y ministerio fiscal (Decreto de 7 de marzo de 1851), que en opinión del conferenciante se hizo con la pretensión de que los magistrados pudieran seguir en su puesto con total independencia del signo político que gobernarse.

En el debate que surge de esta ponencia, el Dr. Gschwend plantea si el nombramiento de jueces y demás cargos en España era vitalicio o por tiempo determinado. El Dr. Gómez Rivero, poniendo como ejemplo al corregidor, precisa que hasta 1783 dicho cargo tenía una duración de 3 años, pero tras esta fecha se establece para los corregidores los corregimientos de ingreso, acceso y termino, y se amplía el tiempo a 6 años, por lo que conlleva más estabilidad este nombramiento. El Dr. Löhnig pregunta si hay un control sobre el acceso del juez. A esto contesta el Dr. Pérez Juan aclarando que no hay realmente un control sobre el acceso del juez, sin embargo, si existe control sobre la actividad de éste durante el período que ejerce como juez.

A continuación el Dr. Ignacio Czeguhn con la ponencia titulada “El acceso a la carrera judicial y la promoción de jueces y magistrados en Prusia” plantea, desde el punto de vista de la legislación no el de la práctica, los requisitos para ser juez en Prusia en el siglo XIX. Para ello hace un recorrido por la legislación dada en este período que son cuatro. La primera regulación es de 1816 (no vigente para las provincias del Rin), establece los requisitos para poder ser juez: para poder entrar al juzgado para hacer prácticas era necesario haber estudiado tres años en la universidad alemana con examen, ser joven, ser acogido como referendario, presentarse al colegio de abogados y justificar su buena conducta y moral. Además debe presentar su curriculum vitae en latín (todos sus datos personales: fecha nacimiento, padres, trabajo de los padres, breve historia de su trayectoria colegial y académica) y mantenerse así mismo económicamente, pues no recibía salario durante el tiempo de prácticas como referendario en el juzgado. El primer examen después de la universidad es el que da la posibilidad de hacer prácticas en los juzgados de Prusia, además, se tenía en cuenta por los consejeros del Presidente otras factores: capacidad natural, capacidad para sentenciar, buenos conocimientos de la teoría del Derecho, de la teoría de la jurisprudencia y del latín, y haber superado el examen que contenía Derecho Privado, Derecho Estatal y Derecho Internacional Público. Superado todo esto pasa a ser obscultador (el que hace las actas, lee los protocolos) y, además, debe estudiar a la vez Derecho procesal por su cuenta. Cuando está preparado debe examinarse de nuevo, es el segundo examen del juzgado, que consta de una primera parte que es un caso práctico por escrito. Si esta parte es superada, procede a la segunda que contiene Derecho penal, civil, etc. Aprobado puede pedir hacer referendario, con el requisito de que lleve una vida ordenada y buena, sobretodo cristiana.

La legislación dada en 1855 sólo modifica la anterior en tres cosas: crea la posibilidad de que un catedrático que lleve más de tres años ejerciendo puede acceder a la carrera judicial como juez; se restringe que los asesores, a partir de ahora, sólo pueden trabajar en la Primera Instancia; y se requiere que para ser juez en el Tribunal Superior antes haya sido juez durante cuatro años en un juzgado, o haber sido consejero de información del Ministerio de Justicia, o director de juzgado de ciudad o provincia.

Otra regulación posterior, dada en 1869, vuelve a reformar el acceso a juez. Requiere tres años de estudios universitarios, examen de universidad y petición de acceso al juzgado. El primer examen estatal, que será escrito y oral de las disciplinas de Derecho público, Derecho privado, Historia del Derecho y Fundamentos del Derecho estatal. La figura de obscultador desaparece. El tercer examen es para referendario, tiene una duración de seis semanas y la parte escrita es un examen científico sobre Derecho civil, Derecho privado, Derecho de comercio, Derecho eclesiástico, Derecho procesal civil y penal –a lección del examinado-. Después de unos años como referendario se puede acceder al segundo examen estatal que consta de una parte escrita –un trabajo de derecho (relación de las actas del proceso)- y otra parte oral –también de las actas del juzgado-. Si se supe- ra es nombrado asesor del juzgado durante un periodo aproximado de un año y comi- enza a percibir salario, pasado este tiempo es nombrado juez de un juzgado de Prusia.

En 1877 se da última legislación del siglo XIX respecto el acceso a juez, y establece para ello tres años de estudios de Derecho, dos exámenes estatales, regula ante quien se debe realizar el examen, que lo decidirá cada estado federal, y establece que el segundo ex- amen estatal no podrá realizarse hasta que no haya estado tres o cuatro años como refe- rendario. Además, señala que el catedrático de universidad pueda ser juez sin tiempo mí- nimo de ejercicio.

En Prusia, a partir de la legislación dada en 1922, la mujer puede formar parte de la or- ganización judicial como juez.

Matiza el ponente que aunque en Prusia desde 1812 existe por ley la emancipación de los judíos, y desde 1848 el acceso a las plazas del Estado está libre de creencias religiosas, sin embargo, en la práctica no es así, pues los puestos ocupados por judíos son mínimos.

El debate que abre esta ponencia comienza con el intento del Dr. Gómez Rivero de en- contrar analogías entre el sistema de acceso a juez español y el prusiano, pues, como afir- ma, las diferencias son muchas. Entre las analogías señala que la cátedra en la universi- dad es una vía de acceso para ser juez, y otra el hecho de que hasta el siglo XX la mujer no podía formar parte del sistema judicial, aunque en Alemania se abre esta posibilidad a principios de siglo –1918- y en España en el último tercio –1870-. Además, plantea la pregunta de si el tener una minusvalía física –sordera, mudez, – era obstáculo para ser juez en Alemania, como si sucedía en España.

A continuación el Dr. Sánchez Aranda plantea el divorcio entre la teoría y la prácti- ca judicial en España, no así en Alemania donde el acceso a juez pasa no sólo por un co- nocimiento teórico, sino como hemos visto, por un duro conocimiento práctico. A co- lación, la Dra. Müßig puntualiza que quizás la práctica se adquiere en España ya como

juez, por los años requerido para serlo y necesarios para poder acceder a juzgados superiores. Añade el Dr. Gschwend que si comparamos en Alemania el tiempo para ser juez, los años de universidad son mínimos comparados con los años de prácticas y exámenes de Estado. Especifica el Dr. Czeguhn que no sólo eran los estudiantes de la Universidad de Prusia los que tenían acceso a la judicatura en Prusia, sino que también estaba abierta la petición y los tres exámenes de Estado a las Universidades de Suiza y Austria, por lo que podían ser jueces de Prusia estudiantes universitarios de Prusia, Suiza y Austria.

El Dr. Löhnig matiza que de todo lo analizado podemos ver que la influencia francesa tanto en el nombramiento como en los requisitos para ser juez no tuvo mucho alcance ni en España ni en Alemania, probablemente en el pensamiento pero no en el desarrollo práctico, no rigiendo por tanto la influencia francesa. A lo que el Dr. Gómez Rivero asiente especificando que la Constitución de 1812 española intenta alejarse lo máximo de Francia debido al Estatuto de Bayona hasta el punto, y pone de ejemplo, que en el debate de la constitución el término ministro –que era el usado en Francia– queda relegado por el de secretario de despacho, e incluso en la constitución y naturaleza del Consejo de Estado. Afirma el Dr. Löhnig que en Prusia sucede igual, salvo en Sajonia que antes pertenecía a la Provincia del Rin, a Francia, y si tiene por tanto influencia. Por lo demás no, Prusia no está influenciada en este tema en concreto, es decir los requisitos para ser juez, por Francia. El Dr. Pérez Juan matiza que hay similitudes para el nombramiento de juez en España y Alemania, sin embargo, el proceso es muy distinto. Y plantea dos preguntas: en primer lugar, si la formación en el juez alemán hace que sea independiente; y la segunda, qué motivos habría para la remoción como juez. A esto le contesta el Dr. Czeguhn diciendo que respecto a la primera pregunta, el examen le da una formación tal que ya contiene una independencia en el juez; y en cuanto a la segunda, especifica que los motivos para destituir a un juez son disciplinarios (dejación de funciones, robo, muerte, ...).

Podríamos concluir a estas dos ponencias señalando que la transición hacia la plena implantación de la independencia judicial en Alemania no es traumática, queda recogida en los textos legales y se evidencia en la propia práctica judicial. Sin embargo, este planteamiento en España se impone un control disciplinario desde el ámbito de la Administración, aunque no se puede hablar de independencia judicial en esta primera fase. Mientras que en Alemania se evidencia la separación del Poder judicial del resto de poderes en España no sucede así, por lo que nos planteamos a partir de qué momento se puede hablar de independencia del poder judicial en España. Queda abierta esta cuestión al próximo encuentro donde se abordará la segunda mitad del siglo XIX.

La ponencia del Dr. José Antonio Pérez Juan titulada “Clases de juzgados en España”, se centró en el principio de unidad de fueros (jurisdicción) y cómo se estructura la planta judicial. Señaló que los distintos órdenes jurisdiccionales existentes antes de la Constitución de 1812 era una de las anomalías que dificultaban la justicia, por ello una de las primeras cosas sobre las que se actuó en Cádiz fue en el establecimiento del principio general de única jurisdicción ordinaria (art. 248) con dos excepciones, la jurisdicción eclesiástica y la jurisdicción militar. Se intenta de esta manera, con la unidad de fueros,

solventar los distintos conflictos de competencia jurisdiccional. Y en cuanto a la planta judicial, los principios sobre los que se va asentar son los de jerarquía, unidad, uniformidad y territorialidad. Quedando articulada en tres instancias: Tribunal Supremo, Audiencia y Juzgado de primera instancia. Será la propia Constitución la que regule el Tribunal Supremo, estableciendo la organización, competencia y función de éste órgano. En cuanto a las Audiencias, nivel medio de la estructura judicial, con la Constitución de Cádiz van a desaparecer las diferencias y jerarquías que existían en el Antiguo Régimen entre ellas proclamando el principio de igualdad en las funciones y privilegios de todas la Audiencias, sin embargo, no se especifica prácticamente nada acerca de la estructura y competencias de éstas, habrá que desarrollarse en posteriores leyes. Sólo tendrán funciones de carácter judicial, no gubernativo. Y como último escalafón de la jerarquía judicial están los Juzgados de partido o de primera instancia. Menciona también la figura de los Alcaldes constitucionales de los distintos pueblos y ciudades de la Península. Se trata de una institución de naturaleza gubernativa y contenciosa con funciones en el orden civil en casos de menor cuantía y juicios de conciliación, y criminal en causas de injurias y faltas leves. Este modelo es el que va a estar vigente en 1812-1814 y 1820-1823. Es importante esta estructura judicial porque las premisas que se sientan van a estar presentes en adelante.

El organigrama judicial en la etapa moderada, 1833-1850, se promulgan dos constituciones donde encontramos una diferencia fundamental con respecto a la justicia: en la Constitución de 1812 contiene 38 artículos al respecto, mientras que las Constituciones de 1837 y de 1845 sólo 3 artículos lo regulan. Sin embargo, pese a ser estas dos constituciones de corte distinto, liberal la de 1837 y moderada la de 1845, los preceptos respecto al marco judicial son idénticos, no regulan nada, sino que remiten a leyes posteriores para que lo desarrollen por ello son importantes dos normas fundamentales: el Reglamento provisional para la Administración de justicia en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria de 26 de septiembre de 1835 y el Reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias, de 17 de octubre de 1835.

Analiza comparativamente la Constitución de 1812 con el Reglamento de 1835 y extrae que el organigrama del sistema judicial es el mismo: Tribunal Supremo, Audiencias y Juzgados de partido o de primera instancia, manteniéndose también los Alcaldes constitucionales. Respecto al Tribunal Supremo el Reglamento de 1835 no introduce modificación alguna respecto con la de 1812, por tanto, es prácticamente igual. En cuanto a las Audiencias es donde hay más diferencias de una regulación a otra, tanto en el número de salas como en la composición de las mismas y la rotatividad de los magistrados. En relación a la planta inferior, Juzgados de primera instancia, no se establece como deben funcionar por lo que estará en vigor la regulación de 1812. Y los Alcaldes constitucionales se mantendrán hasta 1855, promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con función jurisdiccional.

Este será el sistema que va a permanecer hasta 1870, sistema basado en los principios de jerarquía, uniformidad y territorialidad.

El debate que se abre como consecuencia de la ponencia lo inicia el Dr. Czeguhn comentando por un lado la extensa regulación de la Constitución de 1812 y la muy corta de las Constituciones de 1837 y 1845 que remiten a un posterior desarrollo. Y por otro lado, especifica que la influencia francesa es nula, aunque sí se refleja en la organización territorial de juzgados e instancias. El Dr. Pérez Juan alega que el texto gaditano se le tachas de texto cuasi-reglamentario de ahí la extensa regulación de la justicia. Y en segundo lugar, pone de relieve que aunque no hay influencia francesa en el acceso de los jueces, sin embargo, la organización territorial y judicial es idéntica a la francesa aunque se niegue, poniendo como ejemplo la división de los partidos judiciales. La Dra. Müßig precisa que hay que tener cuidado con la interpretación de la influencia francesa, del Derecho francés, porque la idea de la división territorial venía ya de una tradición canónica, de hecho, la división es parroquia, partido, etc. que la tomó Francia y puede parecer que en España haya influencia francesa, pero ya en Francia viene influencia a su vez por la tradición canónica. El Dr. Sánchez Aranda especifica que es un modelo jurisdiccional que se empieza a impulsar en el siglo XIII en Castilla y así se refleja en Partidas III, y que consolida la reforma Trastámara. Es la monarquía la que tempranamente, desde la Baja Edad Media, reclama la formación de jueces. La justicia regia, poder regio de organización, ya está cerrado en Castilla desde el siglo XIV. El Dr. Pérez Juan puntualiza que con la Ilustración se plantea la justicia como racionalidad y homogeneidad. El Dr. Sánchez Aranda dice que las bases de la justicia de Castilla, que se extenderán a Aragón, será la base de España. La primera mitad del siglo XIX es muy complejo políticamente hablando, por ello, la situación de caos lleva a que en 1836 no se pongan de acuerdo los partidos políticos, y tras el Motín de la Granja se reimplementa la Constitución de 1812. Y aún desde la Constitución de 1837, en junio, se reconoce mediante Decreto de septiembre de 1837 la vigencia del Título V de la Constitución de 1812 hasta 1851. El Dr. Pérez Juan puntualiza, a modo de conclusión, que los constituyentes gaditanos son conscientes de que la justicia no funciona bien, tiene anomalías, por ello ven en la división territorial la forma de solucionar y reducir el campo de actuación de los órganos jurisdiccionales.

El Dr. Antonio Sánchez Aranda intervino con la ponencia titulada „Recursos procesales en España (casación, apelación y suplicación)“. Estructuró la ponencia en tres partes. En primer lugar, señaló cuáles fueron los rasgos o características principales del proceso que afectaban a España, para ello abordó desde el siglo XIII para llegar hasta el XIX donde se dio el debate procesal sobre si hubo o no ruptura, aclarándose que hasta 1837 hubo continuidad. Y hasta 1855, creación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la primera mitad del siglo XIX el proceso viene dado por unas mismas características procesales, señalando que en España triunfa el Derecho procesal del *Ius Commune*. Matizando que esta primera parte del siglo del XIX está marcada políticamente España por el caos. Hasta 1855 no hubo una reglamentación clara respecto a la materia procesal.

En la segunda parte, se centra en cuáles son los recursos del Antiguo Régimen, que serán los que lleguen hasta el siglo XIX, y eran los recogidos en Partidas y Espéculo y los Casos de Corte. Para la justicia penal sólo dos instancias y para la justicia civil tres (recurso de apelación y recurso de suplicación). El sistema era completado con otros dos re-

curso (recurso restitución in integrum y recurso de nulidad). A este sistema de recursos hay que añadirles los que vienen derivados de los Casos de Corte, como fue en 1390 el recurso de segunda suplicación, y, posteriormente, en 1700 el recurso de injusticia notoria, ambos recurso de naturaleza extraordinaria.

Y por último, en tercer lugar, cuál es la aportación del constitucionalismo. Señala que sobre estos recursos se actúa con la Constitución de 1812, y lo va a hacer sobre tres principios: el de unidad de fuero, el de unidad de código y el de independencia judicial. Sin embargo, hasta 1855 prácticamente no se cumple ninguno de estos principios. Por tanto, entre 1810-1855 no hay una ley procesal de procesos, especificando que hasta 1837 no hay legislación sobre procesos, una vez estructurada la planta judicial por la organización territorial (1833-1837). Hay que tener en cuenta la vigencia del Título V de la Constitución de 1812 desde septiembre de 1837, por lo que se va a dar un sistema también influenciado en cierta medida por el francés, un sistema mixto de recursos que no es innovador. El bloqueo del poder legislativo desde esta fecha lleva a que sea el poder ejecutivo el que intervenga en materia procesal. Por tanto, el sistema procesal español, centrándonos en la jurisdicción civil, es un caos donde prima la característica de la inseguridad jurídica. Esto empieza a solucionarse bien entrado el siglo XIX cuando desaparecen el recurso de súplica –1835– y los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación –1838–. El nuevo orden de recursos procesales que establece el sistema constitucional es el siguiente: recurso de reposición, recurso de apelación, recurso de queja y recurso de nulidad. Este último es similar al de Casación francés, pero los liberales niegan la influencia francesa y por ello lo denominan de nulidad, aunque finalmente será derogado y denominado de casación en 1855 por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Un Decreto de 4 de noviembre de 1838 introduce por primera vez la motivación y la publicidad de la sentencia y se va a admitir como parte del recurso la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por último, se van a crear otros dos recursos: el recurso de responsabilidad civil de jueces y magistrados, en 1853, y el recurso de rescisión.

En el debate surgido de esta ponencia plantea la Dra. Müßig qué supone la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. La respuesta del Dr. Sánchez Aranda es que con esta Ley, y por tanto a partir de mitad del siglo XIX, en España comienza a darse seguridad jurídica y procesal, hasta el momento inexistente; que a partir de esta ley se tienen que motivar todas las sentencias, en todas las instancias civiles y no sólo el Tribunal Supremo, que venía determinada por el Decreto de 4 de noviembre de 1838 que desarrollaba el recurso de nulidad que se había introducido en la Constitución de 1812 y que se declaró en vigor en 1837 tras la publicación de la Constitución; y la publicidad de la prueba y la sentencia. Además, con esta Ley se consigue la unificación de toda la legislación procesal en un sólo texto sistematizado, aunque esos sí, sobre las bases del Derecho procesal castellano que apoyado en la Partida III fue desarrollado por la práctica jurídica estableciéndose un específico orden procesal en el Derecho procesal civil.

A continuación el Dr. Martin Löhnig, en relación con la anterior intervención, expuso la ponencia titulada “Recursos procesales en la Federación alemana (Deutscher Bund)“. Comienza señalando que la Constitución de 1808 de Baviera introduce la independencia

del juez. Una vez en vigor se va a reformar creando el Tribunal Supremo de Apelación, con sede en Múnich, y dependiendo de éste nueve juzgados de apelación en relación con los nueve estados, resolviendo en segunda instancia las apelaciones y en primera los casos penales. En primera instancia están las Audiencias territoriales con competencias jurisdiccionales y gubernativas hasta 1861 (las de segunda instancia sólo con competencia jurisdiccional). La reforma, bajo un rey absolutista, no introdujo los juzgados de paz –como si sucedió en Francia– y tenía tres instancias, como ya tenía según el Derecho común, por lo que la influencia francesa fue nula. Fue una reforma de organización judicial pero no procesal –igual que en España– pues se mantuvo el Derecho procesal de finales del siglo XVIII. Lo que se reforma es Derecho procesal para codificar. Así, el Código Penal de 1813 contiene artículos de Derecho procesal pero relacionados con la Inquisición y el Derecho existente. También se reconoce las dos instancias procesales en el Derecho procesal penal: Juzgados de Primera instancia y Tribunal Supremo de Múnich.

Precisa que en el siglo XIX la monarquía en Baviera reformó con cuidado su antiguo Derecho, salvo en una región que seguía anclada en el Derecho francés –Sajonia?– y donde, por tanto, permanecía el antiguo Derecho procesal de las tres instancias francesas, pero como el Tribunal Supremo de París ya no está en vigor había que crear otro. Como consecuencia, en muchos parlamentos se pedía una nueva reforma para introducir el modelo francés, más liberal, pero el rey no accedió. De manera que la reforma de la Ley procesal y Organización Judicial se discutió en 1848 con todos los nuevos fundamentos procesales: pública sentencia, inamovilidad de los jueces, jurados, lográndose un proyecto de ley con pocos artículos, donde no establecía nada sobre como elaborar leyes procesales, pero si teniendo en cuenta lo que tenía cada territorio, sin embargo, nunca vio la luz.

El Derecho penal procesal se reformó en 1848 estableciendo nuevas instancias, un sistema inquisitivo, entre otras cosas, e introduciendo los jurados como instancia de Derecho penal. En relación a los recursos distingue entre los recursos contra los juzgados penales territoriales: recurso de apelación y, contra éste, el recurso de nulidad; y el recurso contra los jurados: recurso de queja, pues no era instancia y se justificaba en que no eran jueces.

Sin embargo, la reforma para la Ley procesal civil no funcionó, por lo que hasta 1872 se mantuvo el antiguo Derecho. Comparando la ley de 1871 con el proyecto de 1848 se puede ver que el contenido es idéntico. Sin embargo, tampoco entro en vigor esta ley debido a que un artículo la vinculó para su vigencia a la aprobación de la Ley del notariado que nunca fue aprobada.

Señala el ponente que en 1850 en Baviera se establece una nueva organización judicial con jueces de paz, lo que podría haber sido copiado del sistema francés. Y la posterior Ley de 1862 de organización judicial es idéntica a la de 1850.

Por lo que concluye que no se recibió el Derecho francés directamente, pero sí que se fue introduciendo como consecuencia de la vigencia de éste en la provincia bávara, sin

olvidar que siempre se tuvo en cuenta el antiguo Derecho procesal territorial en Alemania. De modo que, cuando en Baviera se implanta el Imperio alemán en 1871 ya tenía su propio sistema procesal, en parte, fundado en su antiguo derecho bávaro y, en parte, influenciado por el Derecho francés.

El debate se abre con la intervención del propio ponente haciendo una similitud entre Alemania y España apuntando que la introducción de tres instancias en 1848 manifiesta la inseguridad procesal existente hasta al momento, como sucedió en España hasta 1855. También comentó que los jueces intentaban cambiar las sentencias dictadas por el jurado a favor del reo, pero no se hacía por miedo a la publicidad.

El Dr. Sánchez Aranda pregunta por el recurso de casación en Alemania. Contestándole el Dr. Löhnig que no será hasta 1870 cuando se introduzca y sólo por motivo procesal. Comenta que no se recepciona ningún recurso por falta o error en la interpretación de la ley. Y añade que en Baviera el recurso no tiene efecto devolutivo, sino que tiene el propio Tribunal Supremo competencia para resolver mediante sentencia, por lo que no es necesario llevarlo de nuevo al tribunal o instancia que resolvió para que vuelva a emitir otra sentencia, como si sucedía en España, por tanto no se introduce el *referè* francés. La Dra. Müßig intervino matizando que el Derecho procesal civil francés tuvo tanto éxito porque ya había un Derecho civil en Francia, en cambio el Derecho procesal civil tanto español como alemán se crea antes de tener un Derecho codificado civil, en ambos países se mantenía un Derecho civil del Antiguo Régimen. El Dr. Sánchez Aranda en relación al Recurso de Casación en materia civil, no en materia penal que no entra hasta la aprobación de la primera Ley de Enjuiciamiento Penal en 1872, puntualiza que se implantó en España en 1855 porque a partir de 1837, una vez definida y desarrollada la planta judicial constitucional y, por tanto, desplazado el modelo del Antiguo Régimen, otorga competencia entre 1838-1855 al Tribunal Supremo para conocer de los recursos de nulidad (casación) del artículo 261.9 de la Constitución de 1812 (Título V) que seguía en vigor, pero tiene que devolver la sentencia a la instancia que corresponde para que subsane el error in procedendo o in iudicando producido, debiendo emitir una nueva sentencia; al no existir *referè* y no abrirse una nueva instancia tras la remisión de la sentencia por el Tribunal Supremo, se introdujo el recurso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados por indebida aplicación o errónea interpretación de la ley.

El Dr. Pérez Juan plantea si existe un recurso o vía excepcional en Alemania para consultar un particular al Parlamento su caso concreto. A ello contesta la Dra. Müßig que no. Sin embargo, sugiere que en el siglo XVIII en Francia el Parlamento tenía poder legislativo y también judicial, podría conocer en ese caso, lo cual puede ser una influencia francesa en España. Surge el debate de si la división de poderes fue efectiva en España, argumentándose que con la Constitución de 1812 al no haber rey hizo, probablemente, que no fuera completa la división. Existe dicha división, pero se podía intervenir desde el poder legislativo en el judicial, y aún sigue en la actualidad dándose esta situación en España. Sin embargo, en Alemania la separación de poderes es absoluta, y muestra de ellos fue la dura carrera para llegar a ser juez, como ya hemos visto, se accede tras un duro proceso teórico y práctico de exámenes de Estado que hace que el juez sea independien-

te. El Dr. Gschwend comenta que el modelo suizo cantonés del siglo XVIII no quiere que el juez sea profesional, sino que lo legitima con otros oficios, como el de alcalde. No será hasta el siglo XIX cuando se profesionalice el juez.

El Dr. Löhnig plantea que el modelo francés y su evolución podrían ser como un acelerante del cambio que se empieza a concebir en el siglo XVIII, más que como un sistema influyente. El Dr. Pérez Juan señala que otro problema que tuvo Cádiz fue el establecer el proceso ordinario, la jurisdicción ordinaria (unidad de fuero), queda excepcional con la jurisdicción mercantil, militar y canónica y plantea si sucede así en Alemania. A ello responde el Dr. Czeguhn diciendo que sí en la militar. Que incluso en 1869 se promulga la jurisdicción mercantil en Alemania, justo cuando se deroga en España por la Ley de unidad de fueros. La Iglesia excepciona el principio de igualdad de fueros, mantiene sus privilegios.

Se extrae una primera conclusión a todo lo expuesto y debatido hasta el momento, señalando que la influencia francesa en el ámbito jurisdiccional y procesal impulsa pero no crea. Es una aceleración no influencia. En España si hay una influencia directa en el Derecho civil, sin embargo, en Alemania (Prusia y Baviera como hemos visto) se da una influencia indirecta por esas provincias del Rin que mantienen el Derecho francés. En España se da reformismo ilustrado, no revolución francesa, por ello la Constitución de 1812 es una creación del pensamiento ilustrado.

La ponencia del Dr. Peeter Järvelaid versó sobre „Clases de juzgados (Kurland, Estland, Livland)”. Precisa, para comenzar, que toda la reforma del Imperio ruso en el siglo XIX tiene un único fin: la unificación en el Derecho. Tras la conquista de las tres provincias – Kurland, Estland y Livland– por Pedro el Grande en 1710, hay una lucha por mantener su autonomía frente a Rusia, y no aceptan la organización judicial porque esto suponía la unificación con Rusia, que era el fin tendente de toda actuación por parte de Rusia. El primer proyecto de organización judicial realizado por Catalina no se introduce en las provincias bálticas, y tampoco Pedro I quiso cambiar nada, salvo la rama de los juzgados militares.

La influencia francesa sí que se percibe en Rusia en el pensamiento, el Zar intenta evitarlo prohibiendo la salida de Rusia a Francia, y de esta manera evitar la contaminación del pensamiento ruso. En las provincia bálticas a principios del siglo XIX mantiene su lengua que es el alemán, y la nobleza también hablaba francés. El Zar Alexander I y Napoleón se reúnen con la finalidad de traducir las obras jurídicas francesas al ruso. Y se crean Ministerios en Rusia, entre otros el de Justicia.

Se pueden distinguir diferentes fases. Así, el proyecto de 1808-1812 de copiar y traducir el Derecho francés –civil, penal, etc.- cambia por el inicio de la guerra entre Napoleón y Rusia. Pero los documentos franceses que se habían trabajado permanecieron en San Petersburgo. En 1825 da comienzo una nueva fase con un nuevo Zar, quien quiere que los jóvenes salgan y tengan contacto con otros Derechos, pero los textos del proyecto de 1808-1812 seguían en vigor. En 1827 va a dar comienzo proyectos de ley en Rusia que llegarán hasta 1865, y el Zar quiere incluir a las provincias bálticas en estos proyec-

tos, pero estas van a conseguir mantenerse con su ley de autonomía. La antigua organización de las provincias bálticas, que es la que mantienen, tiene origen sueco. Su Tribunal compuesto por 12 miembros, seis de los cuales tenían que tener estudios en Derecho –igual que el Tribunal sueco–. Sin embargo, la reforma de 1864-65 si va a tener influencia en las Provincias Bálticas, el Tribunal Supremo con sede en Moscú va a tener un Tribunal Superior en cada provincia, y sus jueces tenían que tener una preparación parecida a los jueces en Prusia. De esta manera, se le da un valor nuevo a la justicia creando nuevos juzgados, nuevos edificios. Y también se introdujeron los requisitos para ser juez: tener práctica en las leyes nuevas –la que sólo tenían los jueces rusos– y cambiar la lengua al ruso, por lo que conllevo a que se tuvieran que cambiar todos los miembros de los juzgados y tribunales porque el ruso no se hablaba en las provincias bálticas, sólo hablaban alemán.

Con esta reforma de 1864-65 también se va a unificar la formación de jueces y se crean fiscales de Estado. Y todos los que forman el organigrama judicial, jueces, abogados, fiscales, etc., tenían que tener formación jurídica. Ahora bien, en cuanto a los jurados, no tuvieron ninguna trascendencia en las Provincias Bálticas porque no tenían tradición. Sin embargo, en Rusia que si la tenían se mantuvieron.

Como consecuencia podemos ver dos mundos: el ruso, con una organización judicial nueva, donde el jurista tiene prestigio y valor; y el báltico, donde no tiene tanta influencia social.

El debate que da lugar esta ponencia es iniciado por dos planteamientos del Dr. Sánchez Aranda. En primer lugar, plantea que si el modelo ruso es absolutista en el siglo XIX ¿qué papel tiene el Zar en la alta instancia? Pues precisa que en España el rey va a intervenir en determinados casos y pregunta si en Rusia también ocurres así. Y en segundo lugar, plantea cual es la influencia de la Constitución de 1812, que recoge el modelo de monarquía constitucional, en Rusia en 1825 tras el levantamiento decembrista contra el Zar. El Dr. Järveldaid responde que pese el intento de introducir limitaciones al zarismo la Constitución de 1812 española no se introduce, si pudo haber influencia en el pensamiento de limitación del zarismo, pero en la práctica no existió. La Dra. Müßig hace una precisión, comenta que Derecho y ley en Rusia no pueden ser iguales, todos los ciudadanos de Rusia son súbditos del Zar, y éste tenía poder sobre todos y no se discute, incluso va a tener el Derecho de merced cuando había pena de muerte, cuando sólo correspondía al Tribunal Supremo. El Dr. Czeguhn puntualiza que el Báltico en Derecho y juzgados es tradición alemana, y así se mantiene en la etapa del Imperio Ruso, e incluso llega hasta la actualidad.

La última ponencia de la primera sesión fue la del Dr. Lukas Gschwend bajo el título „Clases de juzgados, instancias y organización judicial en Suiza“. Para abarcar el tema hace una clasificación cronológica de las distintas etapas en Suiza desde el final del Antiguo Régimen hasta 1848. La primera la centra de 1798 a 1803 donde la organización judicial de la República Helvética sigue el modelo francés de tres instancias, viéndose prontamente una clara estructura de la organización judicial en Suiza de Estado de De-

recho. La primera instancia con competencia civil y asuntos de policía; la segunda, los juzgados de los cantones con competencia civil y asuntos de policía ya vistos en juzgados de distrito y, a la vez, era primera instancia en lo penal; y en tercera instancia tenían competencia los Juzgados de casación en casos civil cuando había falta en el procedimiento del caso. Como especialidad, en algunos cantones estaban los juzgados de matrimonio, de los que dos de sus cinco miembros eran eclesiásticos. En 1802 dejó de trabajar el Tribunal Superior. Esta organización judicial de la República Helvética sólo estuvo tres años vigente.

La segunda etapa, llamada de mediación, abarca de 1803 a 1815. Se vuelva a la situación anterior a la República Helvética, los cantones recuperan su antiguo Derecho, salvo los de nueva creación. Se vuelven a instaurar juzgados especiales del Antiguo Régimen, como era el de matrimonio, y el Tribunal Supremo desaparece formándose un nuevo colegio –sindicato– donde se tratan los casos cuando dos cantones no están de acuerdo, siendo, por tanto, este juzgado sindical puntual, caso a acaso, con carácter arbitral y el único con competencia para todos los cantones. Permaneció en vigor hasta 1848. En 1803 se crean los Juzgados Contenciosos-Administrativos que son una innovación, no se conocían hasta que en 1790 una ley francesa dio la posibilidad a los particulares de acudir, siendo la Constitución francesa de 1798 la que establezca definitivamente estos juzgados. Las constituciones de los cantones, las Actas de la Mediación, establecen el pequeño Consejo como primera instancia en lo contencioso-administrativo y en segunda los representantes del Consejo de apelación. Los nuevos cantones van a crear sus propios juzgados de lo contencioso-administrativo separados de la jurisdicción civil y de la penal, sólo un cantón antiguo crea este juzgado y sólo con competencia en la función ejecutiva. La competencias era sobre la defensa del ciudadano frente a la comunidad (calle, hacienda,). Algunos cantones la competencia en primera instancia era del juzgado de distrito y en segunda el pequeño Consejo. Desaparecen estos juzgados en 1810, aunque en 1814 dos cantones seguían manteniéndolos pero ya no vinculados al poder ejecutivo. La regulación para ser juez y los miembros del Tribunal Supremo era la misma para todos los cantones.

La tercera etapa, la de la restauración, abarca de 1815 a 1830. La influencia no es francesa, sino que hay una más clara influencia austriaca en este período. Cada cantón tiene su propia organización judicial. Hay dos instancias, pero antes de llegar a estas estaba el arbitraje que era llevado por los Juzgados de Paz, una reminiscencia del antiguo Derecho. Los juzgados de apelación eran para casos civiles y penales y sus jueces eran votados por el Gran Consejo de los antiguos cantones. En los nuevos cantones, de corte más libre, se pedía que los jueces estuviesen formados en Derecho. Tenían competencia en Recurso de apelación, también en casos civiles de mayor cuantía y en casos penales importantes. En los juzgados de distrito y provincias el presidente era el presidente del gobierno. Se crean otros juzgados de distrito, juzgados de universidad y se restauran los juzgados de matrimonio –con componentes eclesiásticos– y otros como los juzgados de aguas, los juzgados para cuantías pequeñas, etc., teniendo en cuenta la particularidad de

cada cantón. No existe separación de poderes ni institucional ni funcional. Se van a introducir nuevos requisitos para ser juez, quedando el acceso más abierto.

La cuarta fase que va desde 1830 a 1848 es la de la regeneración. Los proyectos de constitución de 1832 y 1834 constatan que se quería un único modelo judicial suizo, un Juzgado Federal, pero no se obtuvo la mayoría, por lo que no vio la luz. Habrá que esperar a 1850, pasada la guerra, a crearlo y no con carácter permanente y con competencias limitadas. A partir de 1830 la organización judicial de los cantones regenerados se renovó, sobre todo la independencia de los juzgados. Seguía teniendo el Gran Consejo competencia para votar los jueces de apelación, y aún en Suiza se sigue votando por el Parlamento los jueces de apelación de segunda instancia. Se les atribuye a los juzgados de apelación la competencia de control de los juzgados inferiores. El acceso para ser juez iba precedido de años de estudio teórico y práctico, debían ser juristas. Además, se establecen una serie de requisitos. En esta fase pervivieron juzgados especiales en algunos cantones, aunque poco a poco fueron desapareciendo.

A modo de conclusión, el ponente indica que en 1798 termina la Edad Media judicial en Suiza creándose instancias, recursos, con importante influencia francesa. Después de 1803 vuelven a restaurarse las antiguas normas, salvo en los nuevos cantones. Desde 1815 hay más influencia austriaca y alemana que francesa. Cada cantón tiene su propia organización judicial. Y los requisitos para ser abogado son más y más duros que para ser juez, incluso hoy día siguen existiendo jueces legos en algunos cantones.

El debate sobre esta ponencia lo comienza el Dr. Löhnig comparando la influencia francesa en Suiza y Alemania. Señala que en Suiza, con el cambio del Antiguo Régimen se introduce el modelo francés, pero tras la invasión no continúa esa influencia francesa, sino que vuelve a su antiguo Derecho. Sin embargo, no sucedió así en esas provincias de Baviera y Prusia que se mantuvieron fieles al Derecho francés y, además, ejercieron de influencia indirecta en el resto de Alemania. El Dr. Sánchez Aranda comenta que la vuelta en Suiza, de los cantones, a su antiguo Derecho es un planteamiento endogámico orientado a preservar su identidad, por eso huyen de la influencia francesa y, quizás, tome de la alemana o austriaca porque se sienten más cercanos a su original Derecho o forma de concebirlo.

La segunda sesión se inició con la ponencia de la Dra. Ulrike Müßig titulada “La organización judicial y su regulación en las constituciones de la primera mitad del siglo XIX”. Da comienzo con un resumen a modo de conclusión sobre la influencia francesa. Señala que no hay influencia directa del modelo francés, sino que se toma el modelo como forma de defensa del estado y como motor o acelerador del proceso de cambio. La legislación queda configurada por una dualidad, por una parte es moderna, pero a la vez se mantienen antiguos elementos como medio de control. Afirma que habría que analizar la Constitución francesa para ver exactamente cuál es su influencia en Europa.

En 1788 la situación en Francia es la de que el Parlamento de París es la voz del tercer estado contra la monarquía, y el Parlamento pide lo que quiere el tercer estamento: un juez que juzgue, y no un comisario que haga esta función por orden del rey; y quie-

re la garantía de un juez independiente ante la población. De modo que el Parlamento de París pide y el rey se siente presionado, y de esto surgen dos edictos: el restablecimiento de la corte plena como juzgado y la supresión de los juzgados de excepción. Y en este contexto sucede la revolución francesa, dando lugar a la Declaración de Derechos Humanos, cuya finalidad no es otra que los mismos Derecho para todos, y también surge una organización judicial, adaptando las peticiones de los antiguos estamentos a la nueva situación.

Tras la revolución el debate tiene como consecuencia que la petición no es una organización judicial que se tiene por derecho, sino que nace de la idea de los estamentos frente al rey, queriendo que desaparezcan los comisarios. Y esto es lo que con Napoleón se va a traspasar a los demás países. Toda la legislación sobre organización judicial tiene como fundamento o base esta legislación de 1790.

A continuación tuvieron lugar las ponencias de Donata Zehner versada sobre „Die Entstehung der Staatsanwaltschaft in den französisch-napoleonischen Justizgesetzen (La emergencia de la oficina del fiscal en las leyes de justicia franceses napoleónicas)”, y la de Stefan Schmuck titulada „Handels- und gesellschaftsrechtliche Impulse für die Beratungen der Reichsjustizgesetze“

La primera ponencia se centró en la evolución de la figura del fiscal y en los jurados como consecuencia de los principios de la revolución francesa. El fiscal tras la revolución francesa cobra mayor peso, sobre todo con la creación del Tribunal penal que conocerá de la demanda pública, y, además, quedando abierta la posibilidad organizar nuevos Tribunales penales. El fiscal debía ser independiente, indivisible y subordinado jerárquicamente –dependía del Fiscal General–. Tiene dos funciones: garantizar el Estado de Derecho y el control sobre el Gobierno. Además, tenía la vigilancia sobre las leyes, la aplicación de la ley en los tribunales, y esto provoca que no sean parte del proceso, sino garantía del Estado. La introducción de la fiscalía en Francia se debe a Napoleón.

En Alemania, donde el fiscal había desaparecido en 1709 porque su labor de policía no interesaba al absolutismo, se vuelve a introducir en 1802 argumentando que es una garantía del control de la ley. El fiscal será independiente del juzgado, pero no tendrá control sobre la ley como en Francia, es decir, no tendrá esa competencia de vigilancia y policía.

En cuanto a los jurados, la otra parte sobre la que versa la ponencia, indica que en Francia existen desde 1791. Tras Napoleón como emperador surge el debate de si se mantienen o no los jurados, argumentando que éstos son legos y, además, influenciables. Pero Napoleón apoya el jurado, aunque los va a limitar, siendo las prefecturas las que faciliten su implantación. En Alemania el debate sobre la implantación del jurado surge en 1816. Los argumentos dados van en los dos sentidos, por un lado se dice que no son compatibles con la forma técnica de aplicar el Derecho y, a favor, especialmente en la parte del Rin, se dice que los jurados tienen la posibilidad de tutelar a los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los funcionarios. Como consecuencia de los procesos contra los demagogos, la población perdió la confianza en los jueces y se mostraba a favor de los jurados. Final-

mente en 1847 llegó el cambio a favor del jurado argumentando que este jurado encuentra la sentencia justa para el delincuente. Se argumenta que hay que tener jurado pero no se establece su composición, y por tanto, se coge el modelo francés, porque el inglés no es compatible. Y al seguir el modelo francés, también se plantean sus mismos problemas. Por lo que la alternativa era los censos, y el fin era asegurarse que el jurado funcionase. Así queda reflejado en la Ley de organización judicial de Alemania en su regulación de los jurados refiriéndose a los censos. En 1924 desaparecen en Alemania los jurados.

El debate lo abre la Dra. Müßig haciendo una consideración, indica que la introducción de estos órganos –fiscal y jurado– puede considerarse, tanto desde una perspectiva liberal como conservadora, como órganos bisagra. Desde el punto de vista comparativo, el Dr. Hurtado de Molina y el Dr. Sánchez Aranda, puntualizan que en la España el Antiguo Régimen el promotor fiscal está más pendiente de los intereses del rey que de los del Estado. La Constitución de 1812 va a recoger la figura del fiscal, sin embargo, su independencia era discutible, y esto seguirá así hasta la ley de 1870 que establece el sistema de oposición por acceso a la fiscalía. Sin embargo, la independencia del fiscal, de la fiscalía, en España, incluso en la actualidad, es cuestionable por la inmiscusión del poder ejecutivo. Intervienen la Dra. Müßig y el Dr. Löhnig afirmando que en Alemania ocurre igual con el fiscal. Y respecto al jurado, el Dr. Löhnig plantea la dualidad que se da en éste: por un lado, la de participación del pueblo en el poder judicial y, por otro, el control del Gobierno sobre el pueblo con la selección del jurado, pues compete al poder ejecutivo esta labor de selección.

(En la ponencia de Stefan Schmuck estuve ausente)

El Seminario fue cerrado con la intervención del Dr. Julián Hurtado de Molina Delgado bajo el título „Influencia en América de la organización judicial europea del siglo XIX: La Justicia en la constitución colombiana de Cundinamarca“. Se trata del primer texto constitucional de la América Hispana, y es un modelo que refleja la transición del Antiguo Régimen al liberalismo. Fue promulgada en 1811, por tanto, anterior a la Constitución de Cádiz, y recoge en su contenido los valores y doctrina del momento en la sociedad europea, lo que pone de relieve la influencia de los principios constitucionales europeos en los territorios americanos de la monarquía hispana. En concreto se manifiesta la influencia francesa en el texto, derivada de que uno de sus redactores estuvo en Francia y por tanto se había contagiado del pensamiento francés que es el que va transmitir y se acepta. En cuanto a la organización y sistema judicial la influencia francesa es clara: desaparece la autoridad real y se establece la división de poderes con absoluta independencia entre ellos, y los jueces son independientes, elegidos por el pueblo y expertos en Derecho.

En el debate el Dr. Löhnig concluye que una situación paralela o similar ocurre en Alemania en zona del Rin.

Bereits erschienen

Rechtskultur Wissenschaft

Band 1; Martin Löhnig, Die Justiz als Gesetzgeber: Zur Anwendung nationalsozialistischen Rechts in der Nachkriegszeit; 2010; ISBN: 978-3-86646-401-8; 29,90 Euro

Band 2; Martin Löhnig (Hrsg.), Zwischenzeit: Rechtsgeschichte der Besatzungsjahre; 2011; ISBN: 978-3-86646-403-2; 39,00 Euro

Band 3; Lena Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung; 2011; ISBN: 978-3-86646-404-9; 39,00 Euro

Band 4; Ricardo Gómez Rivero, Die Königliche Sanktion der Gesetze in der Verfassung von Cádiz; 2011; ISBN: 978-3-86646-405-6; 39,00 Euro

Band 5; Ignacio Czeguhn/Sánchez Aranda (Hrsg.), Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts: Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert; Del servicio al Rey al servicio de la Justicia: el cargo de juez en el siglo decimonónico; 2011; ISBN: 978-3-86646-406-3; 39,00 Euro

Band 6; Achim Geisenhanslüke/Martin Löhnig (Hrsg.), Infamie - Ehre und Ehrverlust in literarischen und juristischen Diskursen ; 2012; ISBN: 978-3-86646-407-0; 30,00 Euro

Band 7; Georg Heiß, Dr. Karl Friedrich Ritter von Heintz - Königlich Bayerischer Staatsminister der Justiz 1848/49 Leben und Wirken, 1. Auflage 2012; ISBN: 978-3-86646-408-7; 49,00 Euro

Band 8; Hans-Georg Hermann/Hans-Joachim Hecker (Hrsg.), Rechtsgeschichte des ländlichen Raums in Bayern, 1. Auflage 2012; ISBN: 978-3-86646-410-0; 39,00 Euro

Band 9; Antonio Sánchez Aranda/Martin Löhnig (Hrsg.), Justizreform im Bürgerlichen Zeitalter - Rechtsentwicklungen in Spanien und Deutschland, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646-412-4; 35,00 Euro

Band 10; Alexandra Maier, Geschiedenenunterhalt in Deutschland im 19. Jahrhundert, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646411-7; 49,00 Euro

Band 11; Franz Birndorfer, Der erstinstanzliche Prozessalltag 1938 bis 1949 anhand der Ehescheidungsakten des Landgerichts Amberg, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646415-5; 59,00 Euro

Band 12; Nikolas Smirra, Die Entwicklung der Strafzwecklehre in Frankreich - Vom Vorabend der Revolution bis zum Ende des 1. Weltkrieges, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-418-6; 49,00 Euro

Band 13; Dejan Markovic, „Nicht erforderlich, überspannt, bürokratisch und daher verfehlt“? Beschränkungen der Verfügungsbefugnis über landwirtschaftliche Flächen in Bayern im 20. Jahrhundert, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-419-3; 49,00 Euro

Band 14; Löhnig/Czeguhn (Hrsg.), Die spanische Verfassung von 1812: Der Beginn des europäischen Konstitutionalismus; La Constitución española de 1812: El comienzo del constitucionalismo europeo; 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-421-6; 49,00 Euro

Band 15; Manuela Sonnenschein, Entnazifizierung nationalsozialistischen Arbeitsrechts - Die Rechtsprechungstätigkeit nord-rhein-westfälischer Arbeitsgerichte 1945-1949, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-423-0; 39,00 Euro

Band 16; Löhnig/Preisner/Schlemmer (Hrsg.), Krieg und Recht - Die Ausdifferenzierung des Rechts von der ersten Haager Friedenskonferenz bis heute, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-424-7; 49,00 Euro

Band 17; Philipp Paul Roeckl, Geschichte der Genossenschaftsgesetzgebung im Königreich Bayern, 1. Auflage 2015; ISBN: 978-3-86646-428-5; 59,00 Euro

Band 18; Hartwig Maier, Die württembergische Gewerbe- und Kaufmannsgerichtsbarkeit und insbesondere deren Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund, 1. Auflage 2015; ISBN: 978-3-86646-429-2; 59,00 Euro

Rechtskultur Dogmatik

Band 1; Florian Weichselgärtner, Das AGG im Sport: Diskriminierungen im Sport, 1. Auflage 2011; ISBN: 978-3-86646-402-5; 39,90 Euro

Band 2; Marina Schäuble, Erwerbsobliegenheit im Betreuungsunterhalt, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646-413-1; 39,90 Euro

Band 3; Rebecca Zeller, Haftungsbeschränkungen des BGB - Funktion und Wirkungsweise, 1. Auflage 2013; ISBN: 978-3-86646-416-2; 49,00 Euro

Band 4; Andreas Pichlmeier, Schnittmengen und Wechselwirkungen von Zugewinnausgleich und Unterhalt - Zum Problem der doppelten Verwertung von Vermögenspositionen, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-86646-422-3; 39,90 Euro

Band 5; Andreas Gietl, Abstammung - Dogmatik einer normativen Kategorie, 1. Auflage 2014; ISBN: 978-3-86646-426-1; 49,00 Euro

Edition Rechtskultur

Harald Derschka, Rainer Hausmann, Martin Löhnig (Hrsg.); Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag; 2009; ISBN: 978-3-86646-400-1; 198,00 Euro

Hans-Jürgen Becker; Festschrift zum 75. Geburtstag: Aspekte weltlicher und kirchlicher Rechtskultur - Ausgewählte rechtshistorische Aufsätze, 2014; ISBN: 978-3-86646-425-4; 179,00 Euro

Leserservice & Bestellungen

www.Edition-Rechtskultur.de
eine Reihe der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regensburg
E-Mail: info@Edition-Rechtskultur.de
Fax. 09402/9337 - 24 • Tel. 09402/9337 - 0